



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas

de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

México

Pérez Gallardo, Leonardo B.

Un "fantasma" recorre latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en  
sede notarial

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 23, 2009, pp. 214-262  
Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222963010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# UN “FANTASMA” RECORRE LATINOAMÉRICA EN LOS ALBORES DE ESTE SIGLO: EL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO EN SEDE NOTARIAL

## A “GHOST” WANDERS THROUGH LATIN AMERICA: THE DIVORCE BY MUTUAL AGREEMENT (NO-FAULT DIVORCE) BEFORE A NOTARY PUBLIC

Leonardo B. Pérez Gallardo\*

*En el matrimonio, en cuanto empieza a faltar la identidad, ya no cabe felicidad.  
Nada menos que la identidad es necesaria.*

JOSÉ MARTÍ

### RESUMEN

*Los recientes cambios normativos en sede familiar, la desjudicialización del divorcio sin hijos en Brasil, Ecuador y Perú, atribuyéndose su competencia a los notarios, e incluso con hijos en países como Colombia y Cuba, dan prueba de la confianza que los legisladores nacionales tienen en el notariado. Estas novedades legislativas son fiel expresión de los vientos que soplan en Latinoamérica a favor de la institución notarial. Afianzan la credibilidad en el notariado. Ello, sin sacrificar ni un ápice la seguridad jurídica, la protección del interés superior del menor, la tutición de los incapacitados judicialmente, y de los intereses del cónyuge menos favorecido económicamente. La institución notarial no riñe con*

### ABSTRACT

*The latest normative changes on family seat, the disjudicialization of divorce when there are no descendants in Brazil, Ecuador, and Peru granting its competence to notaries public, and even in cases when there are offspring, in countries like Colombia and Cuba, are proof of the trust the national legislations have conferred to the notary guild. These legislative innovations are an accurate expression of the winds blowing over Latin America in favor of the notarial institution augmenting its credibility, without renouncing, even a bit, to any of the rights as the juridical security, the superior interest of the minors, the tutelage of those judicially disadvantaged and the stakes of the spouse economically lessened. The no-*

*las instituciones familiares. Atribuir competencia notarial no significa privatizar el derecho de familia, el notario desempeña una función pública, vela por los intereses públicos, a la vez que logra combinar la seguridad jurídica con la celeridad que los tiempos en que vivimos exigen. Desjudicializar instituciones familiares, no supone, en modo alguno, erosionar las normas imperativas del derecho familiar.*

**PALABRAS CLAVE:** *divorcio por mutuo acuerdo, notariado, desjudicialización, competencia notarial*

*tarial institution does not antagonize with the familiar institutions. Giving competence to the notarial institution does not mean a deprivation of the family right, because the public notary performs a public duty, he looks after the public interest while combining judicial certitude with the swiftness required by the times we are undergoing. Disjudicializing familiar institutions does not signify, at all, eroding the imperative rules of Family Right.*

**KEY WORDS:** *divorce by mutual agreement, a.k.a., no fault divorce, notarial institution, disjudicialization, notarial competence*

### SUMARIO

1. El notario ante un nuevo reto: la separación y el divorcio por mutuo acuerdo
2. ¿Le es dable al notario el conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo?
3. La expansiva ola de la desjudicialización del divorcio en Latinoamérica (el efecto reflejo)
4. El divorcio por mutuo acuerdo ante notario en los derechos latinoamericanos:
  - un esbozo comparativo
  - 4.1. Razones que han motivado la desjudicialización
  - 4.2. Ámbito de aplicación objetiva de las normas
  - 4.2.1. El divorcio por mutuo acuerdo sin hijos, ¿y también con hijos menores de edad o incapacitados judicialmente?
  - 4.3. Atribución de competencia: ¿exclusiva o compartida?
  - 4.3.1. Reglas de atribución de competencia notarial
  - 4.4. Comparecencia de los cónyuges, por sí o por representación
  - 4.4.1. Intervención de abogados: ¿necesaria o no?
  - 4.5. Requisitos formales o procedimentales (el escrito de solicitud o petición)
  - 4.5.1. Documentos que han de aportarse para acreditarse los particulares narrados en el escrito de solicitud o petición
  - 4.6. Audiencia notarial: ¿única o varias?
  - 4.7. Necesidad o no de intervención de la fiscalía, defensoría familiar, ministerio público u otras instituciones de análoga naturaleza
  - 4.8. El régimen de convenciones a adoptar: el control notarial de legalidad y el de equidad.
  - 4.8.1. Especial referencia a la extinción y disolución del régimen económico matrimonial
  - 4.9. Instrumento público notarial en el que se ha de hacer constar el divorcio (efectos)
  - 4.10. Inscripción registral del divorcio ante notario (la expedición de copias)
  - 5. A modo de epílogo: los vientos soplan a nuestro favor

\* Profesor titular y principal de derecho notarial de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Recibido: 20.6.2008; aceptado: 20.10.2008.

## 1. El notario ante un nuevo reto: la separación y el divorcio por mutuo acuerdo

La función del notario siempre ha estado cargada de retos, de desafíos constantes que le ha impuesto el devenir de la humanidad. Y ha sabido salir airoso de ellos. Cada día el notariado latino se expande no sólo geográfica y culturalmente, sino también en el espectro de su competencia material. Hoy ha tocado a sus puertas el divorcio por mutuo acuerdo. Se la hemos abierto de par en par y hemos precautelado los intereses de la propia familia; por mal entendido que ello resulte a autoridades gubernativas o eclesiásticas, "notarializar" el divorcio por mutuo acuerdo no puede entenderse como una liviandad del legislador.

No tengo dudas que la familia, célula esencial en cualquier sociedad, requiere una tuición especial. Las instituciones del derecho de familia no pueden tener el mismo tratamiento legal que las del derecho civil patrimonial, porque su naturaleza es diferente, es más sensible, más espiritual, más emotiva, pero aun así, el derecho notarial, como derecho cautelar, preventivo por excelencia, puede garantizar el pleno y efectivo ejercicio de los derechos subjetivos en su estadio no patológico. Con ello, gana la sociedad, y especialmente la familia. Los recientes cambios normativos en sede familiar, la desjudicialización del divorcio sin hijos en Brasil, Ecuador y Perú, atribuyéndose su competencia a los notarios, e incluso con hijos en países como Colombia y Cuba; el conocimiento en sede notarial de la autorización del matrimonio, de la delación voluntaria y testamentaria de la tutela, incluso de la adopción en algunos países de Centroamérica, amén de la instrumentación de las capitulaciones matrimoniales por escritura pública, dan prueba de la confianza que los legisladores nacionales tienen en el Notariado. Estas novedades legislativas son fiel expresión de los vientos que soplan en Latinoamérica a favor de la institución notarial. Afianzan la credibilidad en el notariado. Ello, sin sacrificar ni un ápice la seguridad jurídica, la protección del interés superior del menor, la tuición de los incapacitados judicialmente, y de los intereses del cónyuge menos favorecido económicamente. La institución notarial no riñe con las instituciones familiares. Atribuir competencia notarial no significa privatizar el derecho de familia; el notario desempeña una función pública, vela por los intereses públicos, a la vez que logra combinar la seguridad jurídica con la celeridad que los tiempos en que vivimos exigen. Desjudicializar instituciones familiares, no supone, en modo alguno, erosionar las normas imperativas

del derecho familiar. Se puede lograr una plena protección de los sagrados intereses que cautela el derecho familiar desde el derecho notarial. En 1966, ante la Asociación de Juristas Europeos, en Lille, el notario de Avignon, André Laféyre pronunció una interesante conferencia en la que expresó que el itinerario del derecho notarial "no debe ser eclipsado jamás por el brillo de una bella contienda. El derecho contencioso es el derecho de los accidentes; no es el derecho de las creaciones. El derecho notarial no es el derecho de gentes enfermas, sino el derecho de personas saludables".<sup>1</sup>

Cuando en 1937 por Ley de 17 de diciembre, se desjudicializa por vez primera en Cuba el divorcio. Un estudioso de dicha ley expresó: "[...] La Ley Notarial abre un anchuroso campo al profesional del notariado; sin restarle seriedad ni garantía, ganarán los procedimientos esa prontitud que informa las actividades todas de la vida moderna; contribuirá, en gran modo seguramente, a descongestionar los Juzgados, disminuyendo las labores que pesan sobre ellos, para beneficio de los Juzgados mismos y de los que allí acuden. Amén de las ventajas y comodidades que comporta para las partes el poder tramitar y resolver en derecho, en el ambiente íntimo, aunque no despojado de austeridad, de una Notaría, los asuntos que obligaban a recurrir a los templos de Themis, no por sagrados menos ingratos para los no habituados a su comercio con la diosa."<sup>2</sup>

## 2. ¿Le es dable al notario el conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo?

La posibilidad de potenciar la tramitación de un divorcio amistoso ante notario público ha ido ganando adeptos en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. En el orden técnico jurídico nada priva que el notario sea competente por razón de la materia para autorizar por escritura pública la disolución del vínculo matrimonial. Negarlo sería echar por tierra la propia esencia de la función notarial, su naturaleza y el alcance de la fe pública.<sup>3</sup> No hay motivo para

<sup>1</sup> André Laféyre, "La Europa de los contratos. Realizaciones y posibilidades del notariado (25 junio 1966)", Cfr. traducido en *Revista de Derecho Notarial*, lxi-lxii, julio-diciembre, 1968, pp. 133-152.

<sup>2</sup> Ramiro Carbonell Barberán, *Legislación notarial*, Cultural, La Habana, 1939, pp. 11-12.

<sup>3</sup> Que es lo que ha sucedido con algunos autores cubanos, los cuales han pretendido obviar la propia esencia de la función notarial con criterios nada sostenibles en el orden técnico, como los esgrimidos por Jorge de la Fuente López, "Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica", en *Revista Cubana de Derecho*, año xviii, No. 38, julio-septiembre, 1989, p. 94, quien con absoluta ingenuidad llega a afirmar que "El Notario sólo está autorizado a dar fe pública de la voluntad de las partes, pero en modo alguno representa o vela

sustentar una prevalencia de la función judicial sobre la notarial, en razón de las garantías que para los hijos habidos de ese matrimonio que se va a disolver se ofrece, tanto en una vía como en la otra, de modo que han de quedar protegidos debidamente todos los intereses en juego, con especial atención los de los menores, sometiéndose los acuerdos o convenciones de los cónyuges a un doble control: uno de legalidad y otro de justicia o equidad.

El divorcio no puede tener el mismo tratamiento dado a la resolución o al mutuo disenso como causales de extinción de un contrato, porque el matrimonio, aun en los ordenamientos que lo regulan como contrato, no puede merecer igual tratamiento. El cumplimiento de los deberes que les compete como padres respecto de los hijos habidos de ese matrimonio disuelto, no supone en modo alguno el cumplimiento de obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer, con la regulación que cualquier código civil brinda a la exigibilidad de las obligaciones. Incluso el cumplimiento de la obligación de dar alimentos debe tener un enfoque y tratamiento distinto, si bien jurídicamente es una obligación patrimonial más, a la que resulte aplicable, en principio, la teoría general de las obligaciones y con ello las normas jurídicas que le regulan. Al legislador en materia de derecho de familia le interesa, y de qué manera, la existencia de un control en la ruptura del vínculo matrimonial.<sup>4</sup> Los cónyuges no lo pueden hacer a su antojo, existen intereses públicos que no pueden ser manejados a su libre albedrío, a pesar de que en la actualidad resulta casi imposible detener el irreversible proceso de ruptura del matrimonio cuando los cónyuges así lo han decidido, por muchas vías de conciliación o mediación que puedan esta-

por los intereses de la sociedad en el grado en que sí pueden hacerlo y hacen los jueces en los Tribunales, elegidos por el órgano de gobierno local, mientras que los Notarios son designados por el Ministerio de Justicia y sus dependencias provinciales." Y digo ingenuo porque de otra forma no puede calificarse semejante argumentación para dar prevalencia a la función judicial, respecto de la notarial, amén de algunas correcciones técnicas sobre la naturaleza de la función notarial y el proceso de acceso al notariado en Cuba, que en este escenario no merece analizarse con detenimiento, pero al parecer son obviadas por el autor. Postulado, además, que ha resultado desmentido por la realidad jurídica notarial cubana en estos años de conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo.

<sup>4</sup> Y en ello coincido plenamente con la profesora Olga Mesa Castillo, profesora principal y titular de derecho de familia en la Universidad de La Habana, quien en "El divorcio: otro ángulo de análisis", en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, No. 38, julio-septiembre, 1989, pp. 123-126, se muestra muy preocupada por la necesidad de un control social del divorcio, sobre todo cuando del matrimonio que se pretende disolver se han procreado hijos menores de edad o mayores de edad, judicialmente incapacitados, en el cual ha de intervenir el Estado, en tanto "se trata de decidir no un simple cambio de estado conyugal sino siempre un conflicto de intereses que no es exclusivamente privado", si bien discrepo en el sentido de querer ver en la institución del notariado, un ente ajeno al control público, un profesional del derecho con similar posición a la del abogado litigante, despojado de su función fideicomisaria, del carácter público que la función notarial reviste, como si el notario no estuviere apto para ejercer ese control mesurado, atinado, equitativo, de las convenciones propuestas por los cónyuges en el divorcio, bien respecto de sí mismos, o de los menores hijos procreados en común.

blecerse, las cuales podrían hacer más expedito el divorcio, o quizás menos traumático, pero en la mayoría de los casos, no logran impedirlo. El efecto, a la larga se causa lo que contiene resultados menos nocivos para los hijos procreados. Cuanto más difícil y tortuoso se haga el sendero para la obtención del divorcio, más heridas serán causadas, más reproches, culpas, traiciones, serán rememorados, e incluso narrados con sed de venganza en escritos polémicos de un debate que se hace eterno, ante una relación que agoniza, todo ello en presencia de hijos, cuyo rol secundario asumen con tristeza.

Como expresa Carrión García de Parada, "al judicializar esta materia se le está dando un viso de litigiosidad y conflictividad que no siempre existe".<sup>5</sup> ¿Por qué entonces no abrir nuevos cauces que permitan potenciar la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sin que se deje de fiscalizar la legalidad y la equidad de los acuerdos a los que éstos arriban, de modo que no exista desmedro alguno de los derechos de cualquiera de ellos, y mucho menos de los hijos menores de edad procreados o, aun mayores, judicialmente incapacitados.

El propio autor resalta la importancia de darle mayor protagonismo a los cónyuges en sede de divorcio, lo cual supondría que la solución obtenida sea de su propio agrado, se simplifique el proceso; se obtenga el divorcio con celeridad; el coste económico, psicológico y social resulte reducido; se logre mayor predisposición al cumplimiento futuro de las convenciones obtenidas y a su vez ambos ex cónyuges se vean imbuidos, una vez obtenido el divorcio, en mantener una estable y armónica relación entre ellos y con sus hijos, verdaderamente provechoso para todos.<sup>6</sup>

Son muchas las razones por las cuales hoy gana adeptos la idea de desjudicializar el divorcio, en la cual Cuba fue pionera.<sup>7</sup> El conocimiento por los jueces de los actos de jurisdicción voluntaria, obedece a razones de naturaleza histórica, por excelencia. El divorcio por mutuo acuerdo no supone la existencia de litis, no se promueve cuestión alguna entre *nolentes*, no hay proceso, tan solo con él se garantiza derechos, se cautelan derechos, justicia preventiva, atribuible al notario público por autonomía.

<sup>5</sup> Pedro Carrión García de Parada, "Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 34, abril-junio, 2000, p. 70.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>7</sup> La propia doctrina cubana de inicios de los años treinta del siglo pasado ya se preguntaba por qué no se desjudicializaba el divorcio cuando se alegaba la causal de mutuo disenso en el régimen de causales que a la fecha se establecía. Manifestaba Raúl López Castillo, *El divorcio*, 1<sup>a</sup> edición, Jesús Montero editor, La Habana, 1932, pp. 31-32, que no veía motivo alguno para, de la misma forma que el notario autorizaba el matrimonio, lo pudiera dejar sin efecto por la voluntad de ambas partes.

### 3. La expansiva ola de la desjudicialización del divorcio en Latinoamérica (el efecto reflejo)

Llama la atención el proceso de desjudicialización del que ha sido objeto el divorcio por mutuo acuerdo en esta última década en el continente americano, con especial énfasis en Sudamérica. Tras la aprobación del Decreto-Ley No. 154/1994 de 6 de septiembre sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario en Cuba hubo cierto *impasse*, hasta que en México el Código Civil federal del año 2000 reguló un divorcio, catalogado de administrativo, en tanto el funcionario autorizante lo es el juez encargado del registro civil.<sup>8</sup> Empero, del año 2005 hasta la fecha, cuatro países del cono sudamericano, no sólo han desjudicializado el divorcio por mutuo acuerdo, sino que le han atribuido alternativamente la competencia al notario, de ahí la Ley No. 962/2005 de 8 de julio<sup>9</sup> y el Decreto No. 4436 de 28 de noviembre del 2005 del Ministerio de Justicia e Interior de Colombia, sobre el divorcio ante notario y la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, complementario del artículo 34 de la Ley anterior,<sup>10</sup> la Ley No. 2006-62, reformatoria a la ley notarial ecuatoriana, publicada en el Registro Oficial, No. 406, del 28 de noviembre de 2006, cuyo artículo 6 reformó el artículo 18 de la citada ley notarial, adicionándole el numeral 22, por virtud del cual se le atribuye tal competencia a los notarios públicos, la Ley No. 11411/2007 de 4 de enero, que modifica las disposiciones de la Ley No. 5869/1973 de 11 de enero (Código de Procedimiento Civil), posibilitando la realización de inventario, partición, separación consensual y divorcio consensual por vía administrativa en el Brasil y la Resolución No. 35 de 24 de abril del 2007 del Consejo Nacional de Justicia que disciplina la aplicación de dicha ley para los servicios notariales y de Registro y, por último, la muy reciente Ley No. 29227/2008, de 15 de mayo, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior de las municipalidades y notarías en el Perú, complementada por el

<sup>8</sup> Ha de aclararse que el juez encargado del Registro Civil no es un juez en sentido técnico, sino un oficial administrativo, de ahí el nombre atribuido a esta modalidad de divorcio atendiendo a la autoridad que lo declara.

<sup>9</sup> Publicada en el *Diario Oficial*, No. 46.023, de 6 de septiembre de 2005.

<sup>10</sup> Es dable apuntar que en Colombia el Decreto No. 1900/1989 autorizó el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, pero la entrada en vigencia de la Ley No. 25/1992, al reglamentar el divorcio, derogó el nombrado decreto, razón por la cual los notarios perdieron la competencia que luego recobraron en virtud de la citada Ley No. 962/2005 y del Decreto No. 4436/2005. Es de significar que el mencionado decreto de 1989 permitía la posibilidad de acudir el divorcio en sede notarial "con fundamento en la separación de cuerpos decretada judicialmente o formalizada ante notario, que perdure por más de dos años, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley".

Decreto Supremo 009-2008-JUS, Reglamento de la Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías, de 12 de junio de 2008.

Se trata de una ola expansiva, a mi juicio, ya indetenible, consecuencia del influjo marcado que unos ordenamientos jurídicos tienen sobre otros, en un continente, en el que lo próximo prima sobre lo extraño, en tierras que abrazan una misma historia, idéntico contorno geopolítico, una misma religión y con una comunidad lingüística. Es cierto que cada país ha legislado bajo su impronta, teniendo en cuenta sus propias particularidades, pero con un denominador común: el descongestionar la función judicial y atribuirle competencia al notario, genuina expresión de la seguridad jurídica, garante ineludible del principio de legalidad, autor de un documento blindado en el orden del continente y en el del contenido.

### 4. El divorcio por mutuo acuerdo ante notario en los derechos latinoamericanos: un esbozo comparativo

Para tener una dimensión de los cánones en los que se ha sustentado este proceso que, en sentido genérico, podremos llamar de desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo, y con un sentido más estricto de notarialización de esta modalidad del divorcio, bien merece la pena ofrecer un esbozo comparativo en el que se estudie los principales parámetros a tener en cuenta, a los fines de determinar sus hilos conductores, esto es, dilucidar los puntos esenciales que en el orden sustancial y formal los legisladores han delineado para este deshiele de uno de los más trascendentales *icebergs* del derecho de familia, a saber: la disolución del vínculo matrimonial.

#### 4.1. Razones que han motivado la desjudicialización

Un estudio de las nombradas legislaciones nos permitiría expresar que existe plena coincidencia en las razones que han motivado la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo y su consecuente notarialización, por excelencia.

En Cuba, durante la fase de gestación del Decreto-Ley No. 154/1994 algunas voces de nuestra doctrina científica, al menos admitían la posibilidad de una tramitación notarial o registral del divorcio, sin que conformaran un frente común para rechazar su desjudicialización en los supuestos de mutuo

acuerdo. Ya en 1986 algunos autores no descartaban la posibilidad de un divorcio ante el registrador del estado civil cuando se tratara de un matrimonio sin hijos menores de edad, de modo que el sistema judicial se ahorrara la sustanciación de procesos de esta naturaleza.<sup>11</sup> En 1988, en un ya clásico artículo que le fuera publicado al Dr. Raúl Gómez Treto, el entonces presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia, deja sentir su criterio sobre la posibilidad de simplificar los trámites de divorcio, sólo en el caso de que no se hubiere procreado, si bien parte de la tesis de atribuirle tal competencia a los registradores del estado civil, y, supletoriamente, a los notarios, "por la simple declaración conjunta de la voluntad de desvinculación e incluso en una primera y única comparecencia".<sup>12</sup> Posición no descartada por el profesor Mendoza Díaz, quien, si bien no se adentra en la esencia del fenómeno, deja expresado, en 1991, que "el tratamiento procesal del divorcio está a la orden del día de nuestra realidad doctrinal, con amplias posibilidades de una plasmación legislativa cercana",<sup>13</sup> de modo que en la fecha no descarta "que el divorcio salga del imperio de los tribunales",<sup>14</sup> como efectivamente aconteció

<sup>11</sup> En efecto, sostienen Rigoberto Hernández León y Arnaldo Miguel Fernández Díaz, "Crítica a la regulación jurídica estatal del divorcio en Cuba", en *Revista Jurídica*, No. 12, año iv, julio-septiembre, 1986, p. 181, que: "La disolución de un matrimonio sin hijos menores debe sustraerse de la esfera judicial, porque si al Estado y la sociedad le interesan conservar la estabilidad de las familias y fomentar las uniones matrimoniales, no es menos cierto que le son indiferentes los aspectos íntimos del amor y no pueden regularlos jurídicamente. Si el establecimiento del vínculo conyugal entre personas con aptitud legal únicamente exige el consentimiento, ¿a qué viene preocuparse por una justa causa o el mutuo acuerdo al disolverse un matrimonio sin descendencia en minoría de edad? Debe corresponderle un trámite sencillo como la propia formalización del matrimonio, ante los encargados del Registro del Estado Civil y sin otro requisito que la manifestación libre y consciente de la voluntad, por cualquiera de los cónyuges, en romper el ligamen: se ahorra el sistema judicial la sustanciación de una demanda baladí."

<sup>12</sup> Raúl Gómez Treto, "¿Hacia un nuevo Código de Familia?", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 34, año xvii, julio-septiembre, 1988, p. 63. Similar posición también mantuvieron Antonio Luis Hurtado Pérez, María Elena Cobas Cobiella y Nancy Ojeda Rodríguez, "La jurisdicción voluntaria", en *Revista Jurídica*, editada por el Ministerio de Justicia, No. 19, año iv, abril-junio, 1988, p. 246, quienes también en la fecha eran partidarios como un acto más de jurisdicción voluntaria, que el divorcio por mutuo acuerdo donde no existieran hijos "analizando su contenido carente de litis y realizando los ajustes necesarios a la legislación vigente, así como a su procedimiento pudiera estar dentro del trabajo notarial [...] lo que permitiría una agilización en [su] solución..."

<sup>13</sup> Silvia Llanes Machado y Juan Mendoza Díaz, "Utilización de la computación en el proceso especial de divorcio. Experiencias", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 3, julio-septiembre, 1992, pp. 96-97. No puede perderse de vista que se trata de un estudio sobre la utilización de la computación en la tramitación del proceso de divorcio, por ello los pronunciamientos sobre la posibilidad de sustracción del conocimiento del divorcio (en todo caso del divorcio por mutuo acuerdo) de la esfera judicial, se hace por los autores a manera de *obiter dicta*.

<sup>14</sup> *Idem*. Otros estudios investigativos realizados en la Universidad de La Habana reflejaron también la necesidad de ofrecer un cauce procesal distinto al previsto legalmente para el divorcio por mutuo acuerdo. En uno de ellos, concluido en 1990, los autores reflejan su criterio sobre la posibilidad de que el notario pueda conocer en una fase previa del proceso el consenso de ambos cónyuges para el divorcio, a través de "acta notarial" en la cual se expresara su deseo de disolver el vínculo matrimonial y las convenciones a las que hubieren arribado sobre los menores hijos si existieran. Se trataría de un acta equiparable al escrito promocional, con la ventaja, según su parecer, de que la comparecencia se tendría por efectuada, no requiriendo representación letrada, para lo cual resultaría suficiente el

unos años después con el divorcio por mutuo acuerdo al atribuirsele su conocimiento a los notarios.

El Decreto-Ley No. 154/1994, en efecto, transfirió el conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo a sede notarial, si bien dejó expedita esta propia vía en sede judicial, amén del divorcio por justa causa, el que en su integridad se mantiene del conocimiento de los tribunales. Entre las razones que, según el autor de la norma, fueron de suficiente entidad para tal transferencia de atribuciones, se incluyen:

1) La naturaleza alitigiosa del divorcio por mutuo acuerdo, lo que le sustrae del conocimiento judicial.

2) El alto número de radicación de asuntos en sede judicial, entre ellos, algunos de naturaleza no contradictoria, sin necesidad de requerir la composición de la litis, dada la ausencia de ésta, lo cual entorpece la necesaria celeridad exigida en la tramitación de expedientes judiciales en los que dada su entidad y naturaleza, su resolución por vía judicial se impone.

3) La experiencia acumulada por los notarios en el conocimiento de actos de jurisdicción voluntaria, desde hacía casi ya diez años, cuando en 1985, con la promulgación de la Ley de las Notarías Estatales, le había sido atribuida la tramitación de las actas de declaración de herederos y de actos de jurisdicción voluntaria como la consignación, la administración de bienes del ausente y la información *ad perpetuam memoria*, lo cual había, además, agilizado el trabajo judicial, sobre todo en lo concerniente a la tramitación de las actas de declaración de herederos que hasta 1985 tenía un valor significativo en las estadísticas judiciales.

4) La necesidad de ofrecer celeridad a los trámites de divorcio, de por sí indebidamente dilatados, cuando ambos cónyuges están plenamente contestes con la disolución del vínculo matrimonial y el régimen de convenciones

que ambos interesados o uno solo de ellos la presentara al tribunal. Dicha acta, por supuesto, no suponía la obtención del divorcio, sino un elemento de prueba más que tendría el juez a los fines de dictar sentencia. Se intentaba ofrecer celeridad a los trámites del divorcio, con una mínima intervención notarial, rescatando en lo posible la figura del divorcio por mutuo acuerdo, hasta la fecha una figura jurídica, que desde hacía años era ya una reliquia histórica, en tanto la realidad reflejaba que buena parte de los divorcios por justa causa tramitados en los tribunales, con allanamiento simultáneo, no eran sino divorcios por mutuo acuerdo, desnaturalizados, dada la dilatada sustanciación prevista en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, para esta modalidad de divorcio, evadida a toda costa por los operadores del derecho. Si bien los autores rechazan la posibilidad notarial de disolver el vínculo matrimonial, por razones, a mi juicio, nada convencibles, no descartan la posibilidad de que así sea en los supuestos de matrimonio sin hijos. *Vid.* "Algunas consideraciones y reflexiones sobre la vía actual de tramitación del divorcio por mutuo acuerdo", de Pilar Cuellar Fonseca e Ismael Rodriguez Blanco, contenido en "Relatorio de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 2, abril-junio, 1991, pp. 44-48.

a adoptar sobre los menores hijos procreados, sin que, a juicio del notario, derive perjuicio ni para los cónyuges, ni para los hijos, de modo que se logre en sede notarial lo que a la postre se obtendría en sede judicial después de un prolongado y agotador proceso judicial.

5) La garantía que la fe pública notarial ofrece, dado el viso de legalidad y de seguridad jurídica que el notario da a los actos en que interviene, máxime cuando el divorcio por mutuo acuerdo, dada su naturaleza, clasifica entre los actos de jurisdicción voluntaria, atribuibles al notario, sin que en modo alguno el conocimiento notarial del divorcio por mutuo acuerdo signifique restarle importancia a las instituciones del matrimonio y de la familia. Todo lo contrario, supone dar el realce social que el divorcio tiene, sin agravar, ni agrietar aún más los cimientos de la familia nuclear que se resiente con la disolución del vínculo matrimonial. No puede olvidarse que el notario disuelve el matrimonio en una situación de crisis, en la que al menos los cónyuges logran entenderse y prever las coordenadas futuras de la familia creada, enfrentándola en una situación más armónica que distante.<sup>15</sup>

Similares razones han motivado la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo en el resto de los países latinoamericanos. Para el autor de la Resolución No. 35 de 24 de abril de 2007 que disciplina la aplicación de la Ley No. 11411/2007 de 4 de enero, ya citada, para los servicios notariales y de Registro en el Brasil “a finalidade da referida ley foi tornar mais ágeis e menos onerosos os atos que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário”.

Igualmente la doctrina que ha estudiado el tema se ha pronunciado en tal sentido. Para la profesora y abogada brasileña Tânia Vainsencher, la mencionada Ley de 4 de enero del 2007 constituye “un gran avance en el derecho brasileño, atendiendo a los anhelos de la comunidad jurídica y de la propia sociedad, para la desjudicialización de la extinción de la sociedad conyugal y del matrimonio cuando no hubiese litigio. [...] La tramitación del divorcio en la vía extrajudicial supera la problemática de la dificultad de acceso a la Justicia y la demora en la efectiva prestación jurisdiccional”.<sup>16</sup>

Según el notario peruano Cam Carranza, aun después de promulgada la Ley No. 27495, ley que incorpora la separación de hecho como causal de la separación de cuerpos y subsecuente divorcio, norma que al decir de dicho

<sup>15</sup> A este fin *Vid.* los “Por cuantos” del decreto-ley.

<sup>16</sup> Tânia Vainsencher, “El divorcio en el derecho brasileño”, en Acedo Penco, Ángel y Pérez Gallardo, Leonardo B. (Coords.), *El divorcio en el derecho iberoamericano* (en imprenta).

autor tuvo la “finalidad de hacer más viable la disolución del matrimonio y permitir que los cónyuges ya separados y posteriormente divorciados, puedan continuar haciendo una vida normal [...]”,<sup>17</sup> la lentitud en la justicia siguió por sus anchas, de modo que: “ahora que el derecho estaba reconocido faltaba hacer viable, en términos de economía, tiempo y seguridad su realización, porque el procedimiento que se desarrolla ante el órgano judicial, por la carga procesal que soporta hace que los procesos sean engorrosos, lo que también es responsabilidad de los abogados que patrocinan los mismos, pues muchas veces éstos son los que dificultan el trámite, con pedidos inoficiosos, carentes de sustento legal o real, tendenciosos y hasta con mala fe [...]”,<sup>18</sup> particular que sí logra la reciente Ley No. 29227/2008, de 15 de mayo y su Reglamento. Igualmente para Bazán Naveda, notario de Lima, y ex decano del Colegio de Notarios de la capital peruana, una razón de peso a esta reatribución de competencias se debe “a que el Poder Judicial está lamentablemente recargado de funciones que no le corresponden como son los asuntos no contenciosos y por lo tanto resulta conveniente trasladarlos de un lugar que no le corresponde a otro que pueda cumplir con eficiencia la labor encomendada”.<sup>19</sup> En tanto, el profesor Quispe Salazar sostiene que la ley, hoy aprobada, ha estado sustentada “en el hecho de que los procesos judiciales sobre divorcio por mutuo acuerdo demoran un año y medio más hasta llegar a la sentencia –entendiendo que en estos procesos no hay conflicto o controversia–, este hecho recarga las labores judiciales y ello es de verse cuando el 70% de los procesos por divorcio son de mutuo acuerdo, además uno de sus beneficios sería que reduciría la carga procesal del Poder Judicial”.<sup>20</sup> Posición esta última que, al

<sup>17</sup> *Vid.* Guillermo Cam Carranza, “Separación convencional y divorcio ulterior en vía notarial y municipal”, en Cam Carranza, Guillermo, Bélfor Zárate del Pino, Juan y Pérez Gallardo, Leonardo B., *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*, Arco Legal, Gaceta Notarial, Lima, 2008, p. 15.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 16. Posición confirmada por el “Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en los Proyectos de Ley Nos. 392/2006-CR, 922/2006-CR y 1000/2006-PE, mediante los cuales se propone regular el procedimiento no contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías”, de 11 de marzo del 2008, p. 9, que expresamente señaló, refiriéndose a la situación confrontada con el poder judicial y la lentitud en la solución de las controversias judiciales, que ello “obliga al Estado a buscar formas o mecanismos que permitan encontrar alternativas concretas para aliviar este grave problema que viene afrontando el Poder Judicial, así como facilitar a la ciudadanía un sistema alternativo eficiente y eficaz que les permita satisfacer oportunamente sus pretensiones”.

<sup>19</sup> César Humberto BAZÁN NAVEDA, “El divorcio notarial” (inédito), p. 3.

<sup>20</sup> *Vid.* Richard QUISPE SALAZAR, “El divorcio por mutuo acuerdo en municipalidades y notarías en el Perú”, en <http://www.capeca.org/divorcio/ley%20de%20divorcio.pdf>, consultado el 9 de junio del 2008. Igualmente *Vid.* sobre el tema Germán NÚÑEZ PALOMINO, “Las propuestas legislativas para las opciones no judiciales de la separación convencional y divorcio ulterior en el Perú (2006-2008)”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Notarial*, Colegio de Notarios de Huánuco-Pasco, Año II, No. 2, mayo, 2008, concretamente, pp. 137-138.

parecer, fue también tenida en cuenta por el legislador colombiano,<sup>21</sup> por cuya Ley No. 962/2005 se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, de ahí la inclusión de los trámites de divorcio ante notario. No es de extrañar entonces que en su artículo 1 se disponga: "La presente ley tiene por objeto facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública, de tal forma que las actuaciones que deban surtirse ante ella para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones se desarrollen de conformidad con los principios establecidos en los artículos 83, 84, 209 y 333 de la Carta Política."

#### *4.2. Ámbito de aplicación objetiva de las normas*

No todas las normas que le han atribuido competencia al notario se han centrado con exclusividad a regular el divorcio por mutuo acuerdo; en el caso de la ley peruana, el ámbito de aplicación se extiende a la separación convencional y al divorcio, en tanto en el Perú la separación precede en todo caso a la tramitación del divorcio (*Vid.* artículo 1 de la Ley No. 29227/2008 y artículo 3 de su Reglamento), mientras que la normativa colombiana (en concreto el Decreto No. 4436/2005 de 28 de noviembre, por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley No. 962/2005) no sólo ataña al divorcio, sino también a la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. Empero, en el caso de Cuba, tanto el Decreto-Ley No. 154/1994 de 6 de septiembre y su Reglamento, contenido en la Resolución No. 182/1994 de 10 de noviembre del Ministro de Justicia, se limitan con exclusividad a regular el divorcio ante notario, si bien introduciendo importantes modificaciones en el vigente Código de Familia. En Brasil, la Ley No. 11441/2007 de 4 de enero, dedica su artículo 3 a modificar el artículo 1124-A de la Ley No. 5869/1973, Código de Procedimiento Civil, al atribuirle al tabelón (notario) el conocimiento no sólo del divorcio, sino además, de la separación consensual, adpero sus dos primeros artículos también le atribuyen competencia al notario para conocer del inventario y la partición extrajudicial de la herencia, lo cual se complementa, para todas las materias enunciadas, por la Resolución No. 35/2007, de 24 de abril, del Consejo Nacional de Justicia.

<sup>21</sup> Según expresa Guillermo Montoya Pérez, "El divorcio en el derecho colombiano", en Acedo Penco A. y L. B. PÉREZ GALLARDO (Coords.), *El divorcio...*, *Op. cit.*

#### *4.2.1. El divorcio por mutuo acuerdo sin hijos, ¿y también con hijos menores de edad o incapacitados judicialmente?*

Uno de los temas más polémicos es, sin duda, el conocimiento en sede notarial del divorcio con hijos menores de edad, o hijos mayores, judicialmente incapacitados o discapacitados. En todas las normas jurídicas estudiadas se le atribuye al notario competencia para conocer de un divorcio consensuado, pero siempre que no haya hijos con tales requerimientos, o de existir, previo pronunciamiento judicial a tal fin. Hecho negativo que deberá ser acreditado por declaración jurada de los propios divorciantes según prescribe el artículo 5, inciso c) de la ley peruana, que exige que dicha declaración contenga además de la firma de éstos, sus huellas dactilares, o como regula el ordinal 22 del artículo 18 de la Ley del Notariado ecuatoriano, tras la reformas introducidas por la Ley No. 2006-62 de 28 de noviembre de 2006, bajo juramento de los cónyuges, contenido en el propio petitorio de divorcio, con sus firmas, reconocidas ante notario. Mientras que en Brasil la Resolución No. 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia en su artículo 34, sólo exige que las partes declaren al momento de solicitar la separación o el divorcio consensual, la inexistencia de hijos menores de edad o mayores judicialmente declarados incapacitados.

En efecto, sólo Cuba y Colombia atribuyen competencia notarial cuando existen hijos menores de edad, o mayores incapacitados judicialmente o discapacitados. En este sentido la discusión doctrinaria es más fuerte.

Téngase en cuenta que en otros países, como México y Portugal, en los que se ha desjudicializado el divorcio por mutuo acuerdo, si bien sin atribuirle competencia al notario, ello se ha limitado a los casos en que o no existen hijos, como es el caso de México, o de existir éstos, previo pronunciamiento judicial regulatorio del ejercicio de la patria potestad, como es el caso de Portugal.

En el contexto latinoamericano, Brasil, al modificar el artículo 1124-A del Código de Procedimiento Civil, incluye en su párrafo primero la inexistencia de hijos menores de edad o mayores, judicialmente incapacitados. Ecuador, por su parte, en el ordinal 22 del artículo 18 de la Ley del Notariado, impone como requerimiento para acudir a sede notarial la inexistencia de hijos menores de edad o dependientes de los padres, extremo que ha motivado a algunos juristas de esa nación a afirmar que: "al habérselos soslayado a los menores en nuestra legislación, quedó incompleto el encargo de llevar adelante una

solución que pudo cubrir el problema en un contexto más amplio, familiar".<sup>22</sup> En tanto en Perú, su reciente legislación exige en el artículo 4, inciso a) de la ley, como requisito a cumplimentar por los cónyuges el de "No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial o firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad" (complementado ello por el artículo 5.1 y 2 del Reglamento).

Requerimiento que también exige el artículo 272 inciso c) del Código Civil mexicano en lo que concierne al divorcio administrativo ante el juez encargado del registro civil.

Tal particular en todos los casos deberá ser debidamente probado en el escrito de solicitud o petitorio del divorcio. Conforme con la legislación brasileña (artículo 33 inciso d) de la Resolución No. 35/2007, de 24 de abril, del Consejo Nacional de Justicia) deberá probarse con la certificación de nacimiento u otro documento oficial de identidad la existencia de hijos si los hubiere, particular que deberá ser ratificado por las partes en el acto de autorización del divorcio (artículo 34), al manifestar los nombres y apellidos de los hijos y la fecha de nacimiento de éstos, declarando que son mayores de edad y absolutamente capaces, particular que también ha de cumplir el notario ecuatoriano cuando autorice el divorcio, tal y como lo ha previsto el Instructivo de procedimientos, expedido por la Federación Ecuatoriana de Notarios a través de la Comisión Académica Notarial, reunida en la ciudad de Guayaquil el 26 de diciembre de 2006, a los efectos de aplicar las nuevas facultades a ellos conferidas por el artículo 6 de la Ley No. 2006-62, reformatoria a la Ley del Notariado, de 28 de noviembre del 2006. Extremo que no se exige en Cuba, según se colige de lo regulado en el artículo 4.1. inciso 3) del Reglamento del decreto-ley sobre el divorcio notarial, en el que se regula que el notario cuidará de que el escrito de solicitud contenga los nombres y apellidos de los hijos menores de edad, de ahí que, por exclusión se entienda que no resulta necesario dato alguno sobre los hijos mayores de edad, en relación con los cuales será suficiente consignar en la escritura de divorcio la existencia de hijos, pero sin necesidad de mencionar sus nombres y apellidos, ni, en consecuencia, requerir sus certificaciones de nacimiento. Con similar criterio

se orienta el legislador colombiano en el artículo 2 inciso d) del Decreto No. 4436/2005 de 28 de noviembre.

En todo caso, partiendo de la experiencia cubana, no creo que exista valladar alguno para atribuirle al notario el conocimiento del divorcio, aun cuando existan hijos menores de edad o mayores judicialmente incapacitados. En el tiempo que se viene conociendo del divorcio en nuestro país, a pesar de los gazapos normativos que tiene nuestra ley, a los cuales ya he hecho referencia,<sup>23</sup> ni en un solo caso se ha impugnado una escritura pública de divorcio por mutuo acuerdo por resultar inequitativas las convenciones aprobadas por el notario, adecuándose en todo caso las convenciones propuestas a las disposiciones legales, siempre a favor del interés superior del menor. La vida demuestra, por demás, que el régimen de comunicación y de guarda y cuidado más favorable y justo es el que se establece en escrituras públicas, y que además, es muy reducido el número de procesos que se sustancia en los tribunales para variar las convenciones adoptadas, por existir *a posteriori* desacuerdo entre los progenitores en relación con aquéllas. Ni qué decir de las pensiones alimenticias fijadas, favorables tanto en su cuantía, como en su ejecución, para los menores hijos y el cónyuge que la necesite.

No me cabe duda que estamos transitando por un proceso gradual y progresivo. Hoy, poco a poco, en nuestras naciones latinoamericanas se está descongestionando una justicia tardía y lenta, que no significa en modo alguno verdadera justicia, y paulatinamente se les está atribuyendo competencia al notario y a otras autoridades públicas. Téngase en cuenta que la función notarial es, por excelencia, de naturaleza pública, y en nada riñe con las normas imperativas del derecho de familia. Todo lo contrario, contribuye a la eficacia de éstas. Notarializar el divorcio con hijos, no es sinónimo de privatizarlo. Pensar lo contrario, sería negar el carácter público de la función del notario, obviar su condición de profesional del derecho, altamente cualificado, legionario de la verdad y artífice de la seguridad jurídica dinámica o del tráfico jurídico. Verlo despojado de tales cualidades, sería padecer de una miopía intelectual, lamentablemente incurable.

#### 4.3. Atribución de competencia: ¿exclusiva o compartida?

En este orden la tendencia ha sido la de compatibilizar las vías judicial y ex-

<sup>22</sup> Vid. Jorge Baquerizo González, "El divorcio por mutuo consentimiento ante notario público: ¿acierto o desacuerdo legislativo? (inédito), p. 14.

<sup>23</sup> Vid. Leonardo B. Pérez Gallardo, "El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: Mitos y tabúes", en Cam Carranza, G.; J. B. Zárate del Pino y L. B. Pérez Gallardo, *El divorcio notarial...*, Op. cit., pp. 49 y ss.

trajudicial. Ningún ordenamiento jurídico que ha reatribuido competencias, ha despojado al poder judicial de la competencia para conocer del divorcio por mutuo acuerdo, como sucede en nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (en lo adelante *LPCALE*).<sup>24</sup> Similar orientación siguen la legislación colombiana y la brasileña (esta última lo establece expresamente en el artículo 2 de la Resolución No. 35 de 24 de abril del 2007 del Consejo Nacional de Justicia que: “É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicita, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial”), no así la peruana, en la que la competencia, además de los jueces, la tendrá el notario y las municipalidades. En efecto, en el Perú cabe la disolución del vínculo matrimonial ante el alcalde, particular que ha sido criticado por algunos autores de esa nación andina, quienes han manifestado sus “reservas acerca de que la competencia alternativa municipal llegue a tener alguna vigencia social, ya que el Alcalde no es necesariamente un profesional del derecho versado en esta materia, su preocupación natural está centrada en el funcionamiento de los servicios públicos vecinales [...]”, no tendrán pues tiempo ni humor para atender relaciones privadas de parejas desavenidas”,<sup>25</sup> por lo cual sería previsible incluso “que no harán mayor esfuerzo para obtener el Certificado de Acreditación a serles otorgado por el Ministerio de Justicia”.<sup>26</sup> Mas, lo cierto es que la norma ha sido aprobada y ahí

<sup>24</sup> Con carácter muy excepcional se puede tramitar en Cuba el proceso de divorcio por mutuo acuerdo según lo dispuesto en los artículos 380 y 381 de la *LPCALE*. Ello sólo procede ante la negativa del notario de autorizar la escritura de divorcio por mutuo acuerdo, lo cual en la realidad hace prácticamente imposible la tramitación del proceso por mutuo acuerdo ante tribunal competente, el cual, antes de la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 154/1994 sobre el divorcio notarial, era más que excepcional, ni qué decir en la actualidad, ante la negativa del notario. Empero, más por testarudez que por sensatez, el legislador del citado Decreto-Ley modificó el artículo 380, supeditando la sustanciación judicial de un mutuo acuerdo, cuando no proceda ante notario: “En este caso el proceso se iniciará mediante escrito firmado por los cónyuges en el que solicitarán la disolución del vínculo matrimonial y harán constar las convenciones a que hayan llegado respecto a las relaciones paterno filiales y referidas a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación con éstos, pensiones que correspondan y separación de bienes comunes.” De este modo la presentación del escrito de demanda, podrá iniciarse por uno de los cónyuges, por ambos o por el abogado director, que no representante, de ambos cónyuges, asimismo se acompañará el documento expedido por el notario en el que hace constar su negativa. Habría pues que ahondar en el estudio casuístico para buscar un ejemplo en que absteniéndose el notario de autorizar la escritura de divorcio por mutuo acuerdo, cabría la posibilidad de su sustanciación en sede judicial. Extremo no imposible, pero si improbable.

<sup>25</sup> *Vid. Juan Bélfor Zárate del Pino, “La separación convencional y divorcio en municipalidades y notarías: una alternativa”, en Cam Carranza, G.; J. B. Zárate del Pino y L. B. Pérez Gallardo, *El divorcio notarial...*, Op. cit., pp. 33-34.*

<sup>26</sup> Idem. Según el Decreto Supremo N° 009-2008-jus, Reglamento de la Ley No. 29227/2008, en su artículo 2 inciso e), el certificado de acreditación es la “Autorización otorgada por el Ministerio de Justicia a las municipalidades distritales y provinciales para llevar a cabo el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior dentro del marco de la Ley y de su Reglamento”.

está atribuida la competencia a las municipalidades, resultando en la víspera, cualquier comentario impropio de mi parte, totalmente improcedente. Téngase en cuenta que para que el alcalde puede ejercer esta atribución requiere –como apuntaba el autor peruano citado– un certificado de acreditación expedido por el Ministerio de Justicia (*Vid. artículo 8*) que justifique el cumplimiento de las exigencia requeridas en el Reglamento de la Ley No. 29227/2008.<sup>27</sup> En todo caso, resulta aconsejable la asistencia de un abogado o asesor legal que oriente al alcalde en este reto que la legislación de su país le ha atribuido, principalmente en lo que concierne a la calificación de documentos a que se contrae el artículo 5 de la mencionada ley.

Cabe también significar, aunque no es propiamente objeto de esta investigación, que en otros ordenamientos, como el mexicano y el portugués, la competencia para conocer del divorcio por mutuo acuerdo le ha sido atribuida en vez de a los notarios, a los jueces encargados del registro civil o conservadores del estado civil, como los nombra las legislaciones de México y Portugal, respectivamente. En México, el Código Civil federal en su artículo 272 regula el llamado divorcio administrativo. Se trata de un divorcio fácilmente obtenible, en el que resulta suficiente cumplimentar los requerimientos legales exigidos, que no son muchos, por demás. No se olvide que sólo procede en ausencia de hijos procreados en común por los consortes. En la exposición de motivos del Código, se explica que aun cuando es un fin social la permanencia de los matrimonios constituidos, también es un fin de alcance general el no poner en juego los intereses de los menores de edad, con hogares quebrantados y deshechos a causa de una ruptura marital, mal llevada en su desenlace, razón por la cual resulta conveniente la disolución del vínculo matrimonial con celeridad, de modo que la sociedad no sufra aún más perjuicio.<sup>28</sup> Más interesante es la propuesta portuguesa, en la que se le atribuye el conocimiento del divorcio al conservador del estado civil; se trata de un divorcio también calificado de administrativo por la autoridad competente, regulado en el artí-

<sup>27</sup> Dicho certificado de acreditación, tal y como apunté en nota anterior, requiere de un ambiente privado y adecuado para el desarrollo del procedimiento no contencioso sobre separación convencional y divorcio ulterior, así como contar con una Oficina de Asesoría Jurídica con titular debidamente autorizado, o en su defecto con un abogado autorizado para ejecutar lo dispuesto en el artículo 6 de la ley. Corresponde a la Dirección Nacional de Justicia expedir el certificado de acreditación y dictar las medidas complementarias a los fines de acreditar las municipalidades (*Vid. artículo 16 del reglamento*).

<sup>28</sup> Por ello, como atinadamente arguye Alicia Pérez Duarte, *Derecho de familia*, 1<sup>a</sup> edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 134, “contrariamente a lo que muchos piensan [el legislador mexicano] se colocó en la vanguardia dentro de la búsqueda de soluciones a los conflictos familiares facilitando el proceso de reacomodo individual, una vez que el proyecto de vida en común falló”.

culo 14 del Decreto-Ley No. 272/2001, de 13 de octubre. Este proceso se inicia en la conservaduría del Registro Civil del lugar de residencia de cualquiera de los cónyuges o en aquel designado por ellos de común acuerdo, mediante requerimiento de los propios cónyuges o de sus procuradores (Cfr. artículo 271 del Código del Registro Civil y artículos 12.2 y 14.1 del Decreto-Ley No. 272/2001), no resultando obligatoria la presencia de abogado. De esta manera, previa presentación de los documentos exigidos a este fin,<sup>29</sup> el requerimiento es instruido. Y las traigo a colación pues resultan dos fórmulas interesantes encaminadas a un mismo fin: extraer de la sede judicial el divorcio amigable o por mutuo acuerdo, si bien en ambos casos no se ha tenido en cuenta la figura del notario.

#### 4.3.1. Reglas de atribución de competencia notarial

Ahora bien, atribuida la competencia por *ratione materiae* al notario, cabría preguntarnos si cualquier notario, en los países que han regulado sobre el tema, será competente para conocer del divorcio. Si partimos de la legislación cubana, la respuesta sería positiva. Téngase en cuenta que, salvo contadas excepciones que no merecen la pena mencionarlas, el notario cubano es competente, cualquiera sea la provincia en la que ejerce la función notarial, para conocer de los asuntos que *ex lege* le vienen atribuidos, dentro de ellos el divorcio. No transciende el lugar en el que residen o están domiciliados los cónyuges, ni tampoco aquel en que formalizaron matrimonio. Suficiente con que se le aporte, durante la tramitación del divorcio, la respectiva certificación del matrimonio que se pretende disolver (*Vid.* artículo 5 del Reglamento del Decreto-Ley No. 154/1994). Posición compartida también por el artículo 1 del Decreto No. 4436/2005 de 28 de noviembre de Colombia, que expresamente establece que el divorcio “podrá tramitarse ante el Notario del círculo que escogen los interesados”, y con la que particularmente no comulgo.<sup>30</sup> A mi juicio, resulta atinado establecer reglas de competencia por razón del lugar

<sup>29</sup> Según el artículo 272.1 del mencionado código se exige una relación detallada de los bienes comunes, previamente evaluados, certificación de sentencia judicial relativa a la regulación y ejercicio de la patria potestad sobre los menores hijos si los hubiere, el acuerdo sobre la prestación de alimentos al cónyuge que los necesite, una certificación de las convenciones previas al matrimonio, si las hubiere, y el acuerdo sobre el destino de la vivienda familiar.

<sup>30</sup> No obstante, la doctrina que ha estudiado el tema en Colombia, encuentra la *ratio* de la norma en el propósito de ofrecer agilidad a los trámites, aunque hace la observación de que esta libertad para escoger el notario competente pudiera quedar limitada cuando se hubieren procreado hijos menores de edad, dado que si fuere así, se requeriría la intervención del defensor de familia que debe ser el de la residencia de éstos. *Vid.* Jorge PARRA BENÍTEZ, *Manual de derecho civil – Personas, familia y derecho de sucesiones*, Temis, Bogotá, 2007, p. 263.

en actos como el divorcio o el acta de declaración de herederos *ab intestato*. Razones de seguridad jurídica así lo aconsejan.

En este sentido, a mi juicio, resulta más atinada la posición asumida por otros ordenamientos. Destaca la reciente ley peruana que en su artículo 3 dispone la competencia de los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o del lugar donde se celebró el matrimonio, quedando ello a elección de los cónyuges, sin que exista un orden pre establecido legalmente, precepto complementado por el artículo 4 del Reglamento. La doctrina que ha estudiado el tema ha expresado que es más probable que se presente el divorcio ante el notario con sede en el último domicilio conyugal por razones de cercanía y economía,<sup>31</sup> teniendo en cuenta que pueden elegir el notario entre aquellos con competencia dentro de la provincia en la que han sido nombrados, pues en el Perú la competencia de los notarios es de carácter provincial, aun cuando se localicen distritalmente,<sup>32</sup> a *contrario sensu* de aquellos que elijan como vía para la tramitación del divorcio, la municipalidad, pues ésta siempre será única. Al atribuir la norma la competencia al notario de la jurisdicción del último domicilio conyugal, ha de entenderse la expresión “último domicilio”, no como el que tienen los cónyuges al momento de interesar el divorcio, sino el que tenían en el último momento en que vivían como pareja (*Vid.* artículo 2 inciso m) del Reglamento), siendo competente en tal caso cualquiera de los notarios de la provincia<sup>33</sup> por las razones ya expuestas. Lo que sí llama la atención, y a ello se ha referido la doctrina que me ha precedido, es que ni la ley ni su reglamento establecen la necesidad de acreditar ante notario el último domicilio conyugal o aquel en que se celebró el matrimonio (si bien éste es más fácil de probar), razón por la cual le asiste atención a la doctrina cuando apunta que “ante la imposibilidad de comprobarlo [obligación que además, no nos establece la ley] vamos a tener que confiar en el dicho de los cónyuges sobre cuál fue su ‘último domicilio conyugal’, quedando entonces librada la elección del competente al dicho de ellos”;<sup>34</sup> o sea, es demasiado benevolente la ley, y después su reglamento, cuando dejan al dicho de los comparecientes, al momento de solicitar la separación convencional o el divorcio, la probanza del último domicilio conyugal, determinante para establecer el notario

<sup>31</sup> *Vid.* G. Cam Carranza, “Separación convencional...”, *Op. cit.*, p. 19.

<sup>32</sup> *Vid.* en este sentido Marco A. CORCUERA GARCÍA, *Comentarios a la Ley del Notariado peruano*, Marsol, Perú editores, Lima, 1994, en concreto los comentarios al artículo 4, pp. 20-21.

<sup>33</sup> *Apud* C. H. Bazán Naveda, “El divorcio...”, *Op. cit.*, p. 3.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 2.

competente, quedando en manos del notario sólo requerir como documento acreditativo de la prueba de tal particular, la declaración jurada a que hace referencia el artículo 4, segundo párrafo y reitera el inciso j) del artículo 6, ambos del Reglamento, documento que no ofrece más fiabilidad que el propio dicho de los cónyuges, bajo la responsabilidad en que pudieran incurrir de resultar falso.<sup>35</sup>

Tanto la legislación ecuatoriana como la brasileña, tampoco se pronuncian sobre la competencia por razón del territorio del notario para conocer del divorcio. *Ergo*, cualquier notario puede autorizar el divorcio a él interesado. Suficiente con que tenga la investidura de la fe pública notarial.

#### *4.4. Comparecencia de los cónyuges, por sí o por representación*

De la misma manera que el matrimonio no es un acto personalísimo, el divorcio tampoco lo es. Ello no es cuestión opinable en doctrina. Es unánime la actuación representativa en sede de divorcio. Empero, tratándose de un divorcio ante notario, y buscando la arista axiológica que toda ruptura marital implica para los cónyuges, más las decisiones futuras que se van a tomar y el trasfondo de cada convención a la cual se arriba, de cara a enfrentar la educación y formación de valores en los hijos procreados (en aquellos ordenamientos jurídicos que como Colombia y Cuba lo admiten), cuyos progenitores sólo se divorcian entre sí, pero no respecto de ellos, vale la pena reflexionar entonces sobre la necesidad de que los cónyuges comparezcan *per se* ante notario, encaren el divorcio, sin la presencia de terceros, sin la frialdad que envuelve una copia de una escritura de poder, cuando se aporta por el representante a fin de concluir válidamente el negocio representativo. No son impedimentos técnicos los que se convierten en un valladar inexpugnable de la prohibición del otorgamiento de la escritura de divorcio por mutuo acuerdo a través de un representante, sino razones éticas, morales, de sustrato axiológico, más allá del límite normativo, del hermetismo técnico en el cual los juristas solemos refugiarnos para dar una solución legal, pero no justa. No se trata de prohibir, al estilo del artículo 63 del Código Civil cubano, toda actuación representativa en sede de divorcio notarial, sino de limitarla, restringirla, dejándola subsistente para esos casos excepcionales en los cuales

<sup>35</sup> De todas maneras, hay que apuntar que el Reglamento resuelve en alguna medida el silencio que sobre tal extremo tenía el artículo 5 de la ley peruana, el cual ni siquiera hacía referencia a dicha declaración jurada. No obstante, repito, esa declaración no es la vía más segura, instrumentalmente hablando, para brindar la seguridad que se busca.

una causa justa amerite la autorización del divorcio sin la presencia física de uno de los cónyuges.

Empero, no es ella la posición prevaleciente en el derecho comparado. No sólo el ordenamiento cubano admite, sin más cortapisas, la representación voluntaria en el divorcio por mutuo acuerdo ante notario; también lo hace la legislación colombiana, para colmo imponiendo la presencia de abogado, y de uno solo incluso que podría representar a ambos cónyuges en el otorgamiento de la escritura de divorcio (*Vid.* artículo 2 del Decreto No. 4436/2005 de 28 de noviembre), la legislación brasileña que igualmente permite que los separantes o divorciantes “se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrefa das cláusulas esenciais e prazo de validade de trinta dias” (*Vid.* artículo 36 de la Resolución No. 35 de 24 de abril de 2007 del Consejo Nacional de Justicia). Por su parte, si bien la Ley No. 22927/2008 del Perú hace mutis al respecto, su Reglamento no deja dudas a su admisión en su artículo 15, lo cual, incluso antes de la aprobación de esta última norma, algún autor lo había previsto, sobre todo cuando las partes no quieran coincidir en la audiencia,<sup>36</sup> probable, pero no común, precisamente por tratarse de un divorcio amistoso o por mutuo acuerdo. Mientras, en el derecho ecuatoriano las partes (cónyuges) deben concurrir bajo el patrocinio de un abogado y “podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales”.

##### *4.4.1. Intervención de abogados: ¿necesaria o no?*

Uno de los temas más polémicos es, sin duda, la intervención del abogado en la tramitación del divorcio en sede notarial. Para nadie es un secreto la fuerza pujante y el pulso político que en cualquiera de los países latinoamericanos tienen los colegios de abogados, mucho más que los de notarios, entre otras razones por el sistema *numerus apertus* en el ingreso de los abogados, frente al de *numerus clausus* en el de los notarios; incluso en algunos países de Centroamérica ni siquiera existen. De ahí que la notarialización del divorcio por mutuo acuerdo llegue a provocar pavor entre los abogados, quienes lo han combatido desde el gremio, muchas veces enfilando la pluma, no sin frustraciones, contra la función notarial. Por ese motivo algunos países han preferido dar participación al abogado en asuntos de esta naturaleza, sin que

<sup>36</sup> Así, G. Cam Carranza, “Separación convencional...”, *Op. cit.*, p. 21.

ello refuerce, en modo alguno, el viso de legalidad que ofrece el notario *per se* en su actuación. Particularmente soy del criterio que, en todo caso, para los que sugieren la posibilidad de intervención del abogado, ésta debiera ser optativa para los divorciantes, como lo puede ser en cualquier asunto notarial, aun cuando defiendo la tesis de la comparecencia *per se* de los cónyuges, y sólo por excepción, de apoderados, incluidos aquí los abogados. Esta posición es la que sigue en Cuba el Decreto-Ley No. 154/1994 en su artículo 2, primer párrafo.<sup>37</sup>

Y es la que a simple vista, se infiere, asume la Ley peruana No. 29227/2008, de 15 de mayo cuando en su artículo 5, al regular los requisitos de la solicitud, no exige en modo alguno la aportación de la copia de la escritura pública de poder, ni como presupuesto de legitimación, la condición de abogado. Los cónyuges sin más, siempre que cumplan los requisitos de ley pueden concurrir directamente ante notario. Empero, el Decreto Supremo 009-2008-JUS, Reglamento de la mencionada ley, establece en su artículo 8, primer párrafo, que en el caso de que el procedimiento se siga en sede notarial será necesario la firma de abogado según lo establecido por la Ley No. 26662, ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, lo cual supone en todo caso, intervención letrada o patrocinio legal (*Vid.* artículo 9, segundo párrafo, del Reglamento), que no representación letrada.

Algo similar sucede en Ecuador, en tanto el ordinal 22 del artículo 18 de la Ley del Notariado ecuatoriano, tras la reforma introducida por la Ley No. 2006-62, de 28 de noviembre de 2006, establece que “Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales”, pero el petitorio deberá estar firmado por los cónyuges y patrocinado por abogado, lo cual no quiere decir que necesariamente éstos concurran representados por abogados porque son conceptos distintos.

Nota discordante en este orden la ofrecen las legislaciones colombiana y brasileña. La primera de ellas, cuya Ley No. 962/2005 prescribe con naturaleza imperativa que: “Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado [...]”, de tal modo que la legislación complementaria, a saber: el Decreto No. 4436/2005, exige que sea aportado como documento anexo al petitorio de divorcio o de cesación de los efectos

<sup>37</sup> En este sentido, tómese en cuenta lo expresado por mí, en “El divorcio por mutuo acuerdo...”, *Op. cit.*, pp. 49-51, sobre la polémica intervención de un solo abogado en la escritura pública de divorcio, según lo prevé el artículo 2 del decreto-ley, en franca antinomia con la prohibición contenida en el artículo 63 del Código Civil cubano respecto a cualquier situación jurídica que pudiera derivar en un autocontrato o posible conflicto de intereses.

civiles del matrimonio religioso: “El poder de los cónyuges al abogado para que adelante y lleve a término el divorcio o la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, incluyendo expresamente, si así lo deciden, la facultad para firmar la Escritura Pública correspondiente” (*Vid.* artículo 2 inciso d)), documento que será, al igual que el resto de los que se anexan con el petitorio, protocolizado ulteriormente (*Vid.* artículo 5, primer párrafo). Mientras, la legislación brasileña (Ley No. 11441/2007, cuyo artículo 3 modifica el artículo 1124-A del Código de Procedimiento Civil) exige que los cónyuges estén asistidos por un abogado común o por los abogados de cada uno de ellos, cuya calificación y firma constarán en el acto notarial (*Vid.* § 2º del ya citado artículo 1124 y artículo 47 inciso e), respecto de la separación convencional, este último de la Resolución N° 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia). Adpero, no parece pacífica la posición de la doctrina brasilera sobre si los cónyuges pueden en el acto notariado hacerse representar por procuradores, dado el mutismo legal.<sup>38</sup>

#### 4.5. Requisitos formales o procedimentales (el escrito de solicitud o petición)

A pesar de la sencillez del procedimiento o tramitación en sede notarial del divorcio, cada ordenamiento legal que lo ha regulado le ha impuesto pautas de naturaleza formal. Pieza clave en ello lo tiene el escrito de solicitud o petitorio, en el que viene contenida la *rogatio* notarial, especie de instructivo en el cual los cónyuges solicitan la separación convencional o el divorcio, según corresponda, y conforme con la legislación de cada país. De ahí que se exija en la mayoría de las legislaciones, la identificación de los cónyuges, plenamente, o sea, acotando los factores identificativos de la persona y los documentos acreditativos de la existencia del matrimonio y de los hijos, si los hubiere, con especial énfasis en los hijos menores de edad habidos del matrimonio, como es el caso de Cuba y Colombia, países en los que tal particular no es motivo de abstención notarial.

<sup>38</sup> En efecto, según sostiene T. Vainsencher, “El divorcio en el derecho...”, *Op. cit.*, los cónyuges pudieran acudir a los procuradores, de la misma forma en que lo hacen para el matrimonio. Posición que abraza Christiano Cassetari, *Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública*, Ed. Método, 2007 y de la cual discrepa, S. Cássio, “É Possível Praticar o Ato Mediante Procuração?”, in *Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. Questionamentos sobre a lei 11.441/2007*, Ed. Método, Coordinadores Antonio Carlos Mathias Coltro e Mario Luiz Delgado, p. 128, amparado en el silencio del legislador. Autores ambos citados por la Vainsencher.

Donde no hay uniformidad es sobre la posibilidad de acudir directamente ante notario a solicitar el divorcio, o si es necesario, previamente, la separación convencional, así como el periodo de tiempo que hay que expresar en el petitorio o escrito de solicitud y la necesidad de que al notario le prueben tal particular. En el caso de Cuba, Colombia y Ecuador, es posible interesar el divorcio sin necesidad de acreditar tiempo de vigencia del matrimonio, ni de promover separación convencional (*Vid.* Decreto-Ley No. 154/1994 y su Reglamento de Cuba, artículo 18, ordinal 22, de la Ley del Notariado ecuatoriano y artículo 34 de la Ley No. 962/2005 y el Decreto 4436/2005 de Colombia).<sup>39</sup> En el resto de los países, tales particulares cobran relevancia.

Brasil exige en el artículo 1.580 del Código Civil el plazo de un año desde que se haya decretado por vía judicial o aprobado por vía notarial, la separación de cuerpos, para entonces interesar su conversión en divorcio, a lo que se llama divorcio indirecto; pero también admite el de naturaleza directa, que no depende de una previa separación judicial para ser decretado. Dicha modalidad de divorcio tiene su reconocimiento legal en el artículo 226 §5 de la Constitución Federal y en el artículo 1.580 §2º del Código Civil, el cual dispone: “El divorcio podrá ser requerido, por uno o por ambos cónyuges, en el caso de comprobada la separación de hecho por más de 2 (dos) años.” La única exigencia legal es el lapso temporal de dos años de separación de hecho para su concesión. Dicho plazo es de dos años de separación de hecho y debe ser continuo e interrumpido. Eso sí, habrá que probarlo, utilizando para ello cualquiera de los medios de prueba que franquea la ley. Plazos que conforme con el artículo 1124-A párrafo inicial, tras la modificación de la Ley No. 11441/2007 han de ser de estricto cumplimiento.

Merece la atención en este sentido lo previsto en el artículo 52 de la Resolución No. 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia del Brasil que permite, por supuesto, tramitar ante notario el divorcio directo, pero para ello hay que acreditar a través de la partida de matrimonio la existencia de éste por más de dos años y el cumplimiento de los dos años de separación conyugal. No basta con que se pruebe la existencia del matrimonio durante el plazo previsto, sino también la separación de hecho propiamente dicha, para acudir al divorcio recta vía. Para ello el legislador faculta al notario, en ausencia de prueba documental, a la práctica de prueba testifical, particular que hará constar en la

<sup>39</sup> Tampoco el llamado divorcio administrativo regulado en el artículo 272 del Código Civil federal exige plazo alguno para interesar el divorcio.

escritura de divorcio (*Vid.* artículo 53 de la citada resolución), debiendo, en ausencia de pruebas acreditativas de tal extremo, abstenerse de actuar.

Posición similar asume la legislación peruana, cuya Ley No. 29227/2008 se ubica entre las que exige el cumplimiento de determinados plazos para acudir a la separación convencional, eso sí, sin la posibilidad de un divorcio directo como franquea la legislación brasiler. Así, el artículo 2, al regular el alcance de la ley, establece un plazo de dos años, después de formalizado el matrimonio, para interesar la separación convencional (*Vid.* asimismo artículo 3 del Reglamento), que luego de dos meses de obtenida, puede convertirse en divorcio. En todo caso, se requiere esa conversión. Sin ella, no cabe el divorcio. De ahí la expresión del legislador en el propio nombre de la Ley “divorcio ulterior” (*Vid.* artículo 7).

El petitorio o escrito de solicitud, se ha acompañado de más o menos formalidades, lo cual no resulta homogéneo en todos los ordenamientos estudiados. Destaca la estricta reglamentación ecuatoriana, cuya Federación Ecuatoriana de Notarios expidió un Instructivo de procedimientos de las nuevas facultades conferidas por la Ley No. 2006-62, de 28 de noviembre de 2006, reformatoria de la Ley del Notariado, a través de la Comisión Académica Notarial reunida en la ciudad de Guayaquil el 26 de diciembre del 2006, encaminada a homogeneizar los requisitos, el procedimiento y el trámite correspondiente al divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. En este sentido, el petitorio para ser admitido a trámite deberá contener el sello, fecha y firma del presidente o secretario del Colegio de Notarios respectivo. Para ello el notario deberá obtener tal constancia, bien presentándolo personalmente al presidente del colegio, o enviándolo con un asistente notarial para su presentación o mediante fax al Colegio Notarial, para que éste por el mismo medio lo devuelva.<sup>40</sup>

#### *4.5.1. Documentos que han de aportarse para acreditarse los particulares narrados en el escrito de solicitud o petición*

En todos los ordenamientos, tal y como apunté, junto al petitorio o escrito de solicitud, que sustituye a la demanda, y que debe estar despojado de todo término procesal, precisamente por su disímil naturaleza, han de acompañarse los documentos acreditativos del matrimonio o de la existencia de hijos (sobre todo cuando el notario es competente para conocer del divorcio por mutuo

<sup>40</sup> *Vid.* J. Baquerizo González, “El divorcio por mutuo consentimiento...”, *Op. cit.*, p. 6.

acuerdo, aun con hijos menores de edad, como es el caso de Colombia y Cuba). La legislación peruana es muy pulcra en este particular, al exigir que las actas o copias certificadas de las partidas de nacimiento de los hijos y de matrimonio hayan sido expedidas dentro de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de divorcio (*Vid. artículo 5 incisos b) y d)* de la Ley No. 29227/2008 y artículo 6 incisos b) y d) de su Reglamento), extremos que no exigen otros ordenamientos.

En Colombia se requiere la copia de la escritura de poder otorgada por los cónyuges al abogado, por ser preceptiva la intervención letrada, tal y como ya expresé, además del concepto del defensor de familia, en el caso de que haya hijos menores de edad, si por cualquier circunstancia legal ya se cuenta con este (*v. gr., cuando ya se hubiere terminado un trámite de conciliación*), sin perjuicio de la notificación del acuerdo de los cónyuges establecida en el parágrafo del artículo 34 de la Ley No. 962 de 2005 (*Vid. artículo 2 inciso d)* del Decreto No. 4436/2005), documentos que se protocolizarán (*Vid. artículo 5, primer párrafo, del mencionado decreto*). En el caso de Cuba presta especial atención la necesidad de que los cónyuges aporten el título acreditativo de la titularidad de la vivienda, adquirida a título oneroso, constante matrimonio, en relación con la cual se han de pronunciar inexorablemente los cónyuges a los fines de extinguir la comunidad matrimonial de bienes existente respecto de ella y constituir una copropiedad por cuotas, a menos que si lo prefieren, decida ceder la participación sobre el inmueble uno de los cónyuges al otro, o ambos donarlo a favor de los hijos menores de edad habidos del matrimonio.<sup>41</sup>

#### *4.6. Audiencia notarial: ¿única o varias?*

Cobra especial sustantividad la llamada audiencia notarial donde se cumple a cabalidad con el principio de unidad de acto formal. Han de estar presentes los divorciantes o sus apoderados y el notario público. Compete a este último dirigir la audiencia y lograr que haya pleno conocimiento de las consecuen-

<sup>41</sup> Dentro de las convenciones incluidas en la escritura pública de divorcio se incluye la decisión tomada por los cónyuges sobre su destino, si la vivienda de residencia permanente es común del matrimonio (*Vid. artículo 9 inciso e)* del decreto-ley y artículos 1; 4.1, apartado 4, y 4.2 del reglamento). Sólo para este supuesto cabría pronunciamiento sobre el tema. De este modo, se lleva a sede notarial, lo establecido para la judicial por el artículo 66 de la Ley General de la Vivienda, en el sentido de que "Cuando la vivienda que ocupan los cónyuges pertenezca a ambos y se promueve el divorcio, el tribunal determinará a quién se adjudicará su propiedad definitiva, conforme a las reglas siguientes: [...] a) Se adjudicará a uno de los cónyuges o a los hijos, según acuerden las partes en los escritos o en la comparecencia del proceso de divorcio; b) a falta de acuerdo, la vivienda continuará como propiedad de ambos cónyuges".

cias jurídicas del acto que protagonizan, que las manifestaciones de voluntad vertidas ante él sean transparentes con el negocio y adecuadas conforme con el ordenamiento legal. En países como Cuba y Colombia, en los que el notario autoriza divorcio con hijos, esa sustantividad a la que me refiero se potencia, en tanto los cónyuges han de estar muy conscientes de los deberes que han de asumir para con los hijos, tras la ruptura del vínculo conyugal. El notario no puede actuar con insensibilidad, pues no acude a la disolución de cualquier vínculo o ligamen jurídico, sino a uno que puede fracturar para siempre la vida espiritual y emocional de terceros, cuyo interés superior debe en todo caso prevalecer. Por ello merece la pena transcribir el contenido del artículo 35 de la Resolución No. 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia del Brasil, a cuyo tenor: "Da escritura, deve constar declaração das partes de que estão cientes das consequências da separação e do divórcio, firmes no propósito pôr fim à sociedade conjugal ou ao vínculo matrimonial, respectivamente, sem hesitação, com recusa de reconciliação"; pero en ello juega un papel primordial la labor de asesoramiento técnico que debe ofrecer el notario, además de con total imparcialidad, a quienes concurren ante él.

Algunos de los ordenamientos legales que han recepcionado el divorcio por mutuo acuerdo han previsto la audiencia, en tanto otros no la regulan expresamente, lo cual no quiere decir que no exista.

En Ecuador, tras la autorización de la "escritura de reconocimiento de firmas y rúbricas" de los cónyuges interesados en la disolución del vínculo matrimonial, "El notario [...] fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse". De no poder concurrir los cónyuges a esa primera audiencia señalada, entonces el notario, a instancia de éstos, convocará a una segunda audiencia, sustitutoria de la primera, debiéndose realizar dentro del plazo de diez días siguientes al de la fecha en que había sido convocada la primera audiencia. Una nueva suspensión<sup>42</sup> conllevaría al archivo por parte del notario de la petición de divorcio (*Vid. artículo 18, ordinal 22 in fine*, de la Ley del Notariado, tras las reformas de la Ley No. 2006-62 de 28 de noviembre de 2006).

En el Perú, el notario, una vez calificados los documentos contenidos con la solicitud de separación convencional o divorcio ulterior, convoca a una

<sup>42</sup> A mi juicio, imputable a los cónyuges, aun cuando la Ley del Notariado ecuatoriano nada diga sobre este particular.

audiencia única en un plazo de quince días (*Vid.* artículo 6, primer párrafo, de la Ley No. 29227/2008 y artículo 12 de su Reglamento), plazo que comienza a contarse transcurridos los cinco días de los cuales dispone, a partir del momento en que recibe la solicitud de divorcio, para verificar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 5 de la Ley (*Vid.* además, artículo 10, primer párrafo, del Reglamento). En ella los cónyuges deberán manifestar su decisión de ratificar lo contenido en dicha solicitud. Eso sí, al igual que en Ecuador, el notario no puede anticipar el plazo previsto por la ley, circunstancia que no opera en el ordenamiento jurídico cubano, en el cual es dable autorizar la escritura de divorcio el mismo día en que se presenta el escrito de solicitud, dado que las regulaciones legales nada exigen sobre plazos para convocar audiencia. Si por causas debidamente justificadas (y en esto supera el legislador peruano al ecuatoriano, que no es diáfano) los cónyuges no pueden asistir, el notario convoca a la audiencia sustitutoria en un plazo no inferior de quince días. De inasistir, entonces, al igual que en Ecuador, se entenderá decaído el procedimiento (*Vid.* artículo 6, quinto y sexto párrafos, de la Ley No. 29227/2008 y artículo 12, tercer párrafo, del Reglamento). En Cuba, la “audiencia”, que no es denominada de esa manera, se caracteriza por una inmediatez sin parangón en el derecho comparado. Algo similar, pero no idéntico, sucede en Colombia, en donde tampoco se establece la necesidad de una audiencia en el sentido con el que se regula en otros ordenamientos legales. Allí se requiere, siempre que existan hijos menores de edad, del concepto del defensor de familia, para lo cual se le concede un plazo de quince días, transcurrido éste, sin que se hubiere pronunciado, el notario autorizará la escritura y le expedirá copia al defensor, a costa de los propios interesados (*Vid.* artículo 3, primer párrafo, del Decreto No. 4436/2005).

#### *4.7. Necesidad o no de intervención de la fiscalía, defensoría familiar, ministerio público u otras instituciones deanáloga naturaleza*

¿Resulta necesaria en la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario la intervención de un representante del interés público, familiar, o de menores? Si en el divorcio no hay menores de edad o mayores de edad judicialmente incapacitados, la respuesta mayoritaria sería no. En tal circunstancia, deben los cónyuges *per se* decidir de la manera más armónica y racional posible la disolución de su matrimonio. Y ello ha sido la posición asumida por las legislaciones que le han atribuido competencia al notario en sede de

divorcio por mutuo acuerdo, pero bajo el requerimiento de inexistencia de menores de edad o de mayores judicialmente incapacitados o dependientes de los progenitores.

Respecto de la intervención fiscal, no tengo duda que en el caso cubano su intervención resulta oportuna sobre todo cuando se pretende deferir el ejercicio de la patria potestad a favor del padre o de la madre. El fiscal es uno de los baluartes de la legalidad, su cometido es el control de ésta y su restablecimiento en los supuestos en los cuales resulte quebrantada, pero también a él le corresponde velar por los intereses de los menores de edad, principalmente cuando están desprovistos de sus representantes legales; aun en presencia de progenitores o tutores, el fiscal puede evaluar el cumplimiento satisfactorio de los deberes que el ejercicio de la potestad paterna o materna o de la autoridad tutelar supone, de ahí su legitimación para promover proceso ordinario sobre privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad o de remoción del tutor.

En este orden, el decreto-ley sobre el divorcio notarial cubano concede intervención fiscal en la tramitación del divorcio, cuando, a juicio del notario, las convenciones propuestas en el escrito de solicitud sean lesivas de los intereses de los menores o cuando se pretende deferir el ejercicio de la patria potestad sobre los menores hijos por uno de los progenitores a favor del otro (*Vid.* artículo 5 del decreto-ley). Por supuesto, la norma prevé ese traslado del notario, al fiscal, de manera discrecional. No está compelido a ello, siempre que a su juicio considere las convenciones propuestas ajustadas a los principios consagrados en el Código de Familia, y también diría de la Convención de los Derechos del Niño, de la cual Cuba es signataria, y de otras de naturaleza afín, pero para ello hay una justa ponderación, un juicio racional, equilibrado, analítico, razonado. El notario tendrá que acudir a su experiencia profesional, a la pericia, a la lógica, al sentido común; otear las circunstancias objetivas y personales, dadas en los progenitores y los hijos menores de edad procreados en el matrimonio, amén de los valores informantes de la familia, en la cual el divorcio no puede contribuir a enfrentar tiránicamente las relaciones entre sus miembros. La ruptura familiar a la que el divorcio conduce, no debe traducirse en un hervidero de situaciones problemáticas y sí, por el contrario, en el inicio de una nueva etapa en la que cada ex cónyuge re conducirá su vida, e intentará formar una nueva familia, a la cual han de pertenecer los hijos habidos de matrimonios o uniones consensuales anteriores. El divorcio, cueste lo que nos cueste reconocerlo, se ha convertido en un mal necesario. Punto y aparte en nuestra vida. No punto y final de ella.

Por esa razón, siguiendo los dictados de la lógica, todo notario con sentido común, remitirá al fiscal el escrito de solicitud cuyas convenciones se aparten de los propios postulados enunciados en el artículo 4 del decreto-ley, a saber: el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores, la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos, la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores de edad, la salvaguarda de sus intereses y el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres. Pero sólo lo remitirá cuando haya fracasado toda su gestión, encauzada a procurar una rectificación a tiempo de las convenciones propuestas. Por ello, el artículo 8 del reglamento del decreto-ley franquea la posibilidad de que el notario, en razón de la función de asesoramiento técnico-jurídico de la que está investido *ex artículo 10 inciso II* de la Ley de las Notarías Estatales, y como parte también del principio de calificación, persuada a los cónyuges sobre la manera más certera y armónica de dirigir los hilos conductores de las relaciones paterno-familiares, tras la ruptura del vínculo marital, sin lesionar en lo absoluto los intereses de los menores hijos, los cuales, *v. gr.*, pudieran verse afectados con una pensión alimenticia a su favor inicua. Sólo en el supuesto de que resulte infructuosa la función asesora, y diría también de consejo, brindada por el notario, pues los cónyuges pueden buscar en él no sólo el hombre o la mujer de amplios conocimientos jurídicos, sino el ser humano, de vasta experiencia en la vida, capaz de brindar el más oportuno consejo, en ocasiones más propicio que la más docta consulta legal; entonces le compete exponer razonadamente, a tenor del artículo 9, los motivos por los cuales remite al fiscal el escrito de solicitud del divorcio.

En el llamado escrito de remisión, documento de mero trámite, sin carácter de documento público, el notario expondrá las razones por las cuales no aprueba las convenciones propuestas por los cónyuges, qué motivos le impiden proseguir los trámites del divorcio, en qué sentido existe lesividad para los menores hijos, dónde radica la inequidad de las convenciones propuestas o cuáles son las razones aducidas por los progenitores para deferir el ejercicio de la patria potestad sobre los menores hijos a favor de uno solo de ellos. No necesariamente tienen que darse varias circunstancias a modo de yuxtaposición. Es suficiente, *v. gr.*, que las convenciones sean lesivas para los hijos menores de edad, o lo sean para uno de ellos, cuando es evidente, por las circunstancias padecidas por ese menor de edad, como pudiera ser una situación de discapacidad física, sensorial o psíquica, que la pensión alimenticia o el régimen de comunicación del progenitor que no tiene a su favor la guarda y cuidado, sea

muy particular, o con matices diferentes al mantenido para el resto, al prender los progenitores, de consuno, un tratamiento igualitario para todos.

Si, tras seguir un juicio racional del notario, llega la solicitud del divorcio al fiscal, con el consiguiente escrito de remisión del notario, le corresponderá entonces emitir un dictamen.<sup>43</sup> Parto del supuesto de que sólo a través del notario, puede llegar al conocimiento del fiscal una situación irregular en las convenciones propuestas por los cónyuges en la solicitud de divorcio.

El dictamen del fiscal puede resultar *favorable* o *en contrario*. En el primer caso, el notario continuará la tramitación del divorcio, según lo previsto en el tercer párrafo del artículo 12 del reglamento del decreto-ley cubano, si bien nada se regula sobre si tal dictamen se adjunta o no a la matriz de la escritura de divorcio. Con la salvedad, a mi juicio, si bien la norma no lo prevé tampoco, que el notario no está compelido, aun con dictamen favorable del fiscal, a autorizar escritura de divorcio, pues le es dable, si a su juicio hay lesividad de los intereses de los menores, a abstenerse de actuar, y dejar expedita la vía judicial, bien a través de un divorcio por mutuo acuerdo, o por justa causa, para lo cual ha de expedir certificación en la cual conste su abstención para seguir conociendo del divorcio. Nada puede compelir al notario, que sólo debe obediencia a la ley.

Si el dictamen es *en contrario*, entonces sí está compelido a abstenerse de actuar, pues el dictamen fiscal no ha hecho más que corroborar las razones por las cuales se abstuvo en un primer momento y remitió la solicitud al propio fiscal dictaminante. En tal supuesto, cabe aún dar otra oportunidad a los cónyuges para adecuar sus convenciones a las consideraciones del fiscal. De mantenerse éstos en sus formulaciones primigenias, entonces según las prescripciones del artículo 10, primer párrafo, del reglamento del decreto-ley “el Notario se abstendrá de continuar la tramitación del divorcio, interrumpiendo el trámite, todo lo cual hará constar en certificación que entregará a los cónyuges o sus representantes a quienes devolverá los documentos aportados, y los instruirá sobre las vías para presentar el divorcio ante el tribunal competente”. Correspondrá al notario anotar, en el Libro Único de Asuntos Notariales, la constancia del dictamen en contrario, justificante de la no autorización del instrumento.

<sup>43</sup> Criticado por Jorge de la Fuente López, “Necesidad y posibilidad de...”, *Op. cit.*, p. 95, cuando aún el divorcio notarial era una mera utopía en Cuba, para lo cual aduce razones nada técnicas, y si basadas en un empirismo inusitado, desde el cual se mira con desdén cualquier garantía que la sola intervención fiscal ofrece en un proceso judicial o actuación notarial, con un sentido gremial despojado de toda racionalidad.

Es evidente entonces el papel del fiscal, quien ha de valorar casuísticamente cada una de las remisiones notariales e indagar con los propios cónyuges o a través de terceros, los particulares que resulten necesarios para sustentar su dictamen, ya a favor, ya en contra, del divorcio notarial pretendido. No se trata de facultades omnímodas, ni meramente caprichosas, sino apoyadas en la experiencia profesional y en el profundo conocimiento del derecho de familia y de otras materias afines, jurídicas o no, que se tengan.

Si de garantías a favor de los menores hijos se trata, es significativo destacar las ofrecidas por el artículo 3 del Decreto No. 4436/2005 de Colombia, regulador del divorcio ante notario que, a diferencia de la norma cubana,<sup>44</sup> exige que siempre que existan menores de edad habidos del matrimonio a disolver, se notificará al defensor de familia de los acuerdos a los que arriben los cónyuges, sean o no favorables al menor, resultando este trámite preceptivo para el notario, sin excepción alguna, disponiéndose además, lo cual omite nuestro legislador, un plazo para formular lo que se ha dado en llamar *concepto*, que, como ya expliqué, habrá de adjuntarse a la matriz (*Vid. artículo 2 inciso d in fine*), para lo cual se dispone de 15 días, contados a partir de la notificación. Periodo que, de discurrir, no impedirá al notario a autorizar la escritura de divorcio, tras lo cual enviará copia de ésta al defensor, a costa de los propios interesados.

Si bien, al igual que en Cuba, los cónyuges no están compelidos en sede notarial a incorporar las observaciones del fiscal o del defensor de familia, en el caso colombiano aquéllas referidas a la protección de los hijos menores de edad, de ser aceptadas por los cónyuges, posibilitan la culminación de los trámites del divorcio en esta sede. Lo contrario, conllevaría a un desistimiento tácito del otorgamiento de la escritura, en tanto el notario no autorizaría la escritura cuando los cónyuges se nieguen a incorporar las observaciones aducidas a sus acuerdos. Desistido el divorcio, no le quedaría más remedio que devolver los documentos aportados a los interesados (*Vid. artículo 3, segundo párrafo*).

<sup>44</sup> Es dable apuntar que en la última versión del anteproyecto de Código de Familia cubano que data de 26 de mayo del 2008, en una de las alternativas a la regulación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario cuando existen hijos menores de edad, o mayores judicialmente incapacitados, se propone que la intervención fiscal sea preceptiva, de modo que el dictamen fiscal favorable se convertiría en un presupuesto esencial para que el notario pueda autorizar la escritura de divorcio.

#### 4.8. *El régimen de convenciones a adoptar: el control notarial de legalidad y el de equidad*

El verdadero régimen de convenciones se hace evidente en los ordenamientos que admiten el divorcio con hijos menores de edad, pues a ellos les es dable una especial protección.

Las convenciones en el divorcio ante notario, son los acuerdos a los cuales arriban los cónyuges, que han de ser aprobados por éste, en estricto control de la legalidad, antes de autorizar la escritura en la cual quedaría contenido el divorcio autorizado. Acuerdos que han de versar sobre el régimen de comunicación y guarda y cuidado del progenitor que no tenga la tenencia del menor hijo, titularidad y ejercicio de la patria potestad, pensión alimenticia para los cónyuges y los hijos menores de edad habidos del matrimonio (*Vid. artículo 2 inciso c) del decreto colombiano y artículos 9 incisos b), c), ch) y d) del decreto-ley cubano y 4 de su reglamento*), así como lo relativo a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes constituida y el destino de la vivienda de titularidad común o de la sociedad de gananciales, según cada ordenamiento jurídico (*Vid. artículo 9 incisos a) y e) del decreto-ley cubano, así como el artículo 4 de su reglamento y el artículo 2 inciso b) del decreto colombiano, respectivamente*). Aquí radica uno de los aspectos medulares del divorcio, a tener en cuenta por el notario autorizante. El notario ha de ser ponderado y racional en la valoración de las convenciones propuestas en el escrito de solicitud o petitorio por los cónyuges o sus representantes.

En la legislación cubana el artículo 4 del Decreto-Ley No. 154/1994 establece cánones o parámetros que deben considerarse para que el notario ofrezca un juicio certero, razonado, bien pensado, equilibrado, neutral, capaz de valorar en su justa medida cada convención, sin lesionar intereses de terceros, esencialmente de los hijos habidos en el matrimonio. El divorcio tiende a ser, aun en condiciones de mutuo acuerdo, un tema peliagudo, por los efectos ulteriores que provoca. En todo caso, debe garantizarse un adecuado balance entre los derechos y deberes de ambos cónyuges, sin menoscabo, ni sacrificio, para todos los hijos, sin distinción, sin que se vean favorecidos unos, en detrimento de otros, ni tampoco un progenitor más que otro. Es necesario sembrar el sentido de la solidaridad paterna y materna para con la prole, y de ésta para con aquéllos. El notario ha de estar claro que el divorcio no es la resolución de un contrato; no se trata de reajustar el equilibrio económico entre partes contratantes, sino el equilibrio emocional, muchas veces desajustado, tras la

ruptura de una familia nuclear constituida, cuyo valor es inestimable, pues la familia es el sostén de cualquier sociedad, “un camino común, aunque particular, único e irrepetible, como irrepetible es todo hombre; un camino del cual no puede alejarse el ser humano. En efecto, él viene al mundo en el seno de una familia, por lo cual puede decirse que debe a ella el hecho mismo de existir como hombre. Cuando falta la familia, se crea en la persona que viene al mundo una carencia preocupante y dolorosa que pesará posteriormente durante toda la vida”<sup>45</sup> Por ello la ruptura del vínculo marital no puede suspender el diálogo abierto y fraternal entre padres e hijos que se inicia con el nacimiento de estos últimos y finaliza, por ley natural, con el fallecimiento de los primeros, aunque ya los hijos hayan formado nuevas familias nucleares.

El notario está apto para sopesar las convenciones propuestas, siempre poniendo a salvo los intereses de los menores; por esta razón, ha de indagar con cada cónyuge el sentido de las convenciones, sobre todo lo concerniente a las relaciones paterno-filiales (*Vid. artículo 7 del reglamento del decreto-ley cubano*), la calificación del escrito de solicitud es la espina dorsal de la escritura pública que autorizará; ante la más mínima inquietud ha de abstenerse temporalmente de la autorización y solicitará dictamen fiscal (*Vid. artículo 8, segundo párrafo, del reglamento*); previo a ello ha de agotar todos sus intentos por convencer a los cónyuges en la rectificación o modificación de las convenciones en el sentido expresado en el escrito de solicitud.

En los demás ordenamientos, los acuerdos o convenciones se limitan a la separación consensual o disolución del vínculo matrimonial, y al régimen de alimentos entre los divorciantes (*Vid. en concreto el artículo 1124-A del Código de Procedimiento Civil del Brasil, tal y como quedó modificado por el artículo 3 de la Ley No. 11441/2007 y el artículo 44 de la Resolución No. 35/2007*).

#### *4.8.1. Especial referencia a la extinción y disolución del régimen económico matrimonial*

Como pusiera Shakespeare en boca de Hamlet: “No siempre es perdurable nuestro mundo, y así, no es extraño que hasta nuestro amor cambie con nuestra fortuna, que es cuestión aún por resolver si el amor gobierna a la for-

<sup>45</sup> Juan Pablo II, *Carta del papa a las familias, con motivo del año internacional de la familia* (1994), en <http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/magisteriopii/cartas/familias.htm>, consultado el 3 de mayo del 2005.

tuna o la fortuna al amor.”<sup>46</sup> Importa y mucho a los cónyuges, aun constante matrimonio, la determinación del régimen económico patrimonial del matrimonio, interés que se acrecienta, con motivo de la disolución del matrimonio. Si se pasa revista a los ordenamientos pioneros en la regulación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario, puede constatarse que en Perú la Ley No. 29227/2008 en su artículo 4 inciso b) lleva al plano de requisito, para que el notario conozca del divorcio por mutuo acuerdo, que los cónyuges carezcan de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si ése hubiera sido el régimen que rigió los destinos del patrimonio marital, se hubiere otorgado previamente ante notario escritura pública de sustitución o liquidación de dicho régimen, inscrita en los correspondientes registros públicos; o sea, el legislador ha puesto un valladar inexpugnable que impide la posibilidad de que el notario haga pronunciamiento alguno en la separación convencional o en el divorcio ulterior sobre tal particular. Extremo que es reforzado en el artículo 5 inciso f) de la propia norma cuando exige como documento a adjuntar al escrito de solicitud, la escritura pública ya citada.<sup>47</sup>

Por el contrario, en Ecuador, similar a lo que sucede en Cuba, Colombia y Brasil, la disolución del régimen ganancial o comunitario que regía el aspecto patrimonial del matrimonio, puede hacerse simultáneamente o con posterioridad al divorcio. La diferencia entre estos ordenamientos está en que, mientras en Ecuador no es posible en el mismo instrumento público incluir el divorcio con la disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, en el resto de los mencionados sí, y es lo más común en lo que concierne a los bienes inmuebles (sobre todo en la experiencia cubana de la que puedo “dar fe”).

Si ambos cónyuges están de acuerdo en liquidar la comunidad matrimonial de bienes constituida constante matrimonio, en la propia escritura de divorcio puede ponerse fin a la comunidad extinta, a través de operaciones divisorias y liquidatorias, a menos que declinen a ese derecho, según lo establece el artículo 9 inciso f) del decreto-ley cubano.

En Cuba, en el escrito de solicitud de divorcio, ambos cónyuges deben proponer al notario el destino de los bienes comunitarios, amén del pronunciamiento que necesariamente deben hacer sobre la vivienda adquirida en común (*Vid. artículo 4.1, apartado 4, del reglamento*). De ahí, una diferencia impor-

<sup>46</sup> William Shakespeare, *Hamlet, Príncipe de Dinamarca*, acto III, escena II.

<sup>47</sup> A pesar de que la ley diga que se adjunta la escritura pública, hay que entender que se refiere a la copia de dicha escritura porque la matriz quedará para siempre en el protocolo del notario autorizante. Ello, no obstante, ha sido superado por el reglamento de la ley que en su artículo 5 incisos h) e i) alude al “Testimonio de la Escritura Pública...”

tante. Si no hay acuerdo sobre dicha vivienda, no procede el divorcio por la vía notarial (se colige de lo regulado en el artículo 1 *in fine* del reglamento). Si éste no existe sobre el resto de los bienes, cabe la disolución ante notario público y la liquidación de los bienes comunes habidos en el matrimonio, ante el tribunal competente (se colige del artículo 4.3 del Reglamento).

Tan sólo tendrán que acreditarse las titularidades de los bienes comunitarios y de tratarse de bienes sujetos a registro, las certificaciones acreditativas de su inscripción y su debida descripción física (*Vid.* artículo 71 del reglamento notarial).

Ante la posibilidad —como ya se expresó— de los cónyuges, de declinar al derecho a liquidar la comunidad matrimonial de bienes extinta, tras la disolución del matrimonio, compete al notario dejar consignado explícitamente como advertencia legal, el plazo de caducidad de un año, contado éste a partir del día siguiente de la autorización de la escritura de divorcio, para liquidar la comunidad matrimonial de bienes, ya por vía judicial<sup>48</sup> o extrajudicial,<sup>49</sup> con las consecuencias previstas en el artículo 40 del Código de Familia, o sea, de que “cada cónyuge quedará como propietario único de los bienes muebles de propiedad común cuya posesión haya mantenido a partir de dicha extinción”.

Por su parte la Ley del Notariado ecuatoriano establece en su artículo 18, ordinal 23, tras la modificación operada por la Ley No. 2006-62, de 28 de noviembre del 2006, que la liquidación de la sociedad conyugal procede mediante escritura pública, una vez disuelta aquélla. “Este convenio se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos

<sup>48</sup> En este sentido el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo ha dispuesto por Dictamen No. 375 de 29 de agosto de 1996: "... declinado por los cónyuges su derecho a realizar ante el Notario en la propia acta (*sic*) en que acuerden la disolución del vínculo que los une, es inequívoco que para su logro necesariamente tendrán que acudir al correspondiente Tribunal Municipal, cuyo órgano al carecer de actuaciones precedentes, vendrá obligado a registrar la promoción en el libro general de radicación de asuntos contenciosos, y ventilarla conforme a las reglas de partición y adjudicación de la herencia intestada contenidas en los artículos 559 y siguientes de la citada Ley de Trámites".

<sup>49</sup> A tenor del Apartado Tercero del Dictamen No. 5/1995 de 6 de junio, la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia ha dejado claro: “Que el artículo 9 del referido Decreto Ley No. 154 establece los aspectos que debe contener la escritura notarial que declare el divorcio, y en su inciso g) establece como uno de estos aspectos, las advertencias legales correspondientes en cuanto a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, en caso de que expresamente declinaran su derecho a realizarla en el propio acto. Este artículo aclara que proceden las advertencias si los cónyuges no han determinado en el propio acto liquidar la comunidad de bienes; lo que le permite al notario, conforme siempre a la voluntad de las partes, autorizar sólo la escritura de divorcio y luego otra escritura de liquidación de la comunidad de bienes o ambas en un mismo documento, si así lo acuerdan”. Cfr. Leonardo B. Pérez Gallardo, Julieta Almaguer Montero y Nancy C. Ojeda Rodríguez, *Compilación de derecho notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007, p. 46.

a este Registro. Previamente a la inscripción, el notario mediante aviso que se publicará por una sola vez en uno de los periódicos de circulación nacional en la forma prevista en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, hará conocer la liquidación de la sociedad conyugal [...] para los efectos legales consiguientes. Transcurrido el término de veinte días desde la publicación y de no existir oposición, el notario sentará la respectiva razón notarial y dispondrá su inscripción en el registro o registros correspondientes de los lugares en los que se hallaren los inmuebles y bienes objeto de esta liquidación. De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes [...].”

En tanto, el Instructivo de procedimientos elaborado por la Comisión Académica Notarial ecuatoriana hace referencia a la posibilidad coetánea de la firma de la escritura de liquidación de la sociedad conyugal, esencialmente, cuando ello se ha puesto como condición por uno de los cónyuges para acceder al divorcio por la vía notarial, pero aclara, en instrumentos públicos diferentes, lo cual viene dado en buena medida porque el divorcio, según la legislación ecuatoriana, se hace constar por acta y la liquidación de la sociedad conyugal, por escritura pública.

En Colombia, el artículo 2 inciso b) del Decreto No. 4436/2005 establece que en el petitorio de divorcio se ha de contener el acuerdo de los divorciantes respecto del estado en que se encuentra la sociedad conyugal, particular que quedará incluido en la escritura que declare la disolución del vínculo matrimonial o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. No obstante, la liquidación de la sociedad conyugal no es un requisito esencial para acordar el divorcio o la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos. Ello podrá hacerse, como sucede en Cuba, en otra escritura o por vía judicial, según lo dispongan los divorciantes.<sup>50</sup>

En Brasil, la Ley No. 11411/2007 al modificar el artículo 1124-A del Código de Procedimiento Civil permite que la división de los bienes comunes se haga constar en la propia escritura de separación o de divorcio consensual. De ahí que el artículo 33 inciso f) de la Resolución No. 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia exija para la autorización de la escritura de separación o de divorcio consensual, los documentos necesarios, acreditativos de la titularidad

<sup>50</sup> *Vid.* J. Parra Benítez, *Manual de...*, Op. cit., p. 266.

de los bienes muebles o derechos, si hubieren. De existir tales bienes, en el cuerpo de la escritura se hará constar los bienes propios de cada cónyuge y los comunes que se liquidan, conforme con el régimen económico patrimonial escogido (*Vid.* artículo 37 de la mencionada resolución).

#### 4.9. Instrumento público notarial en el que se ha de hacer constar el divorcio (efectos)

No pretendo dar recetas de corte normativo, ni tampoco de índole notarial. Cada Estado es libre de regular cada institución jurídica. Eso sí, no podemos olvidar que vivimos en una aldea globalizada y que cada día los seres humanos nos trasladamos con mucha más facilidad de una nación a otra y asimismo circulan en el tráfico jurídico los documentos públicos notariales.

He podido constatar que no existe un criterio armónico, ni mucho menos homogéneo respecto del tratamiento normativo que las leyes notariales ofrecen respecto de los tipos de instrumentos públicos y sobre todo en lo que concierne a la clasificación atendiendo a su contenido, en escrituras públicas y actas notariales. No es dable repasar sobre conceptos aprendidos en el pregrado. A lo sumo acudir a algunos clásicos en estos predios.<sup>51</sup> En efecto, la doctrina dominante sostiene el criterio de que las escrituras públicas son el reservorio de cualquier manifestación de voluntad de carácter negocial y qué es el divorcio consensuado o por mutuo acuerdo, sino la convergencia de declaraciones negociales de voluntad de los cónyuges destinadas a poner fin al vínculo matrimonial con los efectos jurídicos que ello conlleva,<sup>52</sup> como la disolución del matrimonio, la adquisición de un nuevo estado conyugal, a saber: el de divorciado, la extinción del derecho sucesorio *ab intestato* entre los cónyuges, la extinción del régimen económico patrimonial existente durante el matrimonio (si fue una de naturaleza comunitaria o societaria, como la sociedad legal de gananciales, e igualmente si fue el de participación), la posible exigibilidad del derecho a alimentos a favor del ex cónyuge que lo necesitare y de los hijos menores de edad respecto del progenitor que no tenga a su cargo la guarda y cuidado, así como lo relativo a la determinación del ejercicio de la

patria potestad), declaraciones que convergen en un acuerdo recíproco o mutuo, de ahí las expresiones mutuo acuerdo, o mutuo consentimiento. En todo caso, de lo que no cabe duda es de la existencia de declaraciones negociales de voluntad. Y si ello es así, no existe otra vía instrumental notarial que la escritura pública para servirle de soporte formal. Como agudamente expresaba Núñez Lagos, en las escrituras “No hay hecho puro, sino que el hecho que presencia el notario está, en lo necesario, interferido por la voluntad de las partes y la del legislador [...]”<sup>53</sup> Y en tal sentido advertía el gran maestro del derecho notarial español, que “... si pasamos algunos negocios jurídicos al acta por razones de circunstancias de tiempo o lugar, autorizaremos una verdadera escritura con el nombre de acta. El vestido o el nombre no cambia la naturaleza de la cosa”<sup>54</sup>

Y es que no procede la autorización de un acta en este sentido, pues en las actas el notario se limita a hacer constar lo que ve o escucha, pero sin alterarlo, sin moldearlo, lo narra tal cual es, cuestión que no opera en sede de divorcio por mutuo acuerdo en el que los cónyuges necesitan la validación u homologación de su *declaración de voluntad negocial* de poner fin al matrimonio. Si lo hicieran de manera privada, tal acuerdo no surtiría efecto alguno, sería inoperante como divorcio, porque la facultad de dar por válido el acuerdo de los cónyuges de dar por extinguido el matrimonio le corresponde al notario o a las autoridades que cada ordenamiento jurídico nacional entienda a bien atribuirla, como *v. gr.*, el conservador del estado civil en Portugal, el juez a cargo del Registro Civil en México o la municipalidad en Perú. Se trata, en definitiva de declaraciones de voluntad contenidas en un acuerdo conyugal que tiene por fin instrumentar el divorcio. El notario no se mantiene como un ente pasivo que “levanta acta” del hecho que ha presenciado; precisamente actúa esculpiendo ese acuerdo. De ahí que la escritura pública de divorcio no se limite al efecto probatorio, ella *per se*, podría constituir, conforme con el derecho vigente, título de legitimación, o tener fuerza ejecutiva, efecto este último del cual carecen las actas notariales. No se olvide, además, que este tratamiento dispar que ofrecen los ordenamientos jurídicos que han regulado el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, en nada favorece la circulación en el tráfico jurídico internacional de los documentos públicos notariales en que se contiene el divorcio, sobre todo para aquellos países en que aún se ve con

<sup>51</sup> *Vid* a tal fin, Vicente Sancho-Tello y Burguete, *Derecho notarial de España*, 2<sup>a</sup> edición, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900, pp. 129-134 y 179-188; Enrique Giménez-Arnau, *Introducción al derecho notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 249-277; Carlos A. Pelosi, *El documento notarial*, 3<sup>a</sup> reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 275-280.

<sup>52</sup> En la doctrina colombiana J. Parra Benítez, *Manual de...*, *Op. cit.*, p. 266, lo califica de acto jurídico solemne.

cierta ojeriza la intervención del notario en el divorcio por mutuo acuerdo y en los cuales muchas veces hay que hacerlos valer, tratándose de un acto que afecta el estado civil familiar de las personas.

Aun así, a mi lamentar, ordenamientos como el ecuatoriano han reconocido que el divorcio se ha de hacer constar por acta notarial. Es cierto que la Ley del Notariado ecuatoriano en su artículo 18, ordinal 22, diáfanamente establece: “**El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada.**”

Mientras, la reciente Ley No. 29227/2008 del Perú en su artículo 6, cuarto párrafo, establece que la separación convencional se hará constar por resolución si se tramita ante la municipalidad, y por acta, si es ante notario. En tanto, el artículo 7 de la propia ley, atinente al divorcio ulterior, hace mutis respecto del tipo de instrumento público que dará forma al divorcio. Empero, a pesar de algunas lucubraciones doctrinarias apriorísticas en este sentido,<sup>55</sup> el autor del Reglamento de la Ley No. 29227/2008 dio un vuelco interesante al regular que el divorcio se ha de hacer constar por escritura pública, no sin antes regularlo de una manera, a mi criterio, algo retorcida, pues en el artículo 13, segundo párrafo, de dicha norma establece que el notario extenderá en un plazo de cinco días el acta notarial en la que se haga constar la disolución del vínculo matrimonial solicitada y se elevará a escritura pública la solicitud a que se contrae el artículo 7 de la ley, que no es sino la conversión en divorcio de la separación convencional, transcurridos los dos meses establecidos *ex lege*, escritura en la cual se insertarán las actas de separación convencional y de disolución del vínculo matrimonial (*Vid. artículo 7 de la ley y 13, segundo y tercer párrafos del reglamento*). Se cumplen así los vaticinios de algunos autores.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Ello a pesar de que el artículo 25 de la Ley del Notariado peruano distingue perfectamente en los instrumentos públicos protocolares a las escrituras públicas y las actas. Empero, ya antes de la promulgación de la Ley No. 29227/2008, los comentaristas del último proyecto de ley afirmaban que se trataba de un acta. *Vid. G. Cam Carranza, "Separación convencional...", Op. cit., p. 22.* Asimismo C. H. Bazán Naveda, “El divorcio...”, *Op. cit.*, p. 2.

<sup>56</sup> *Vid. Mercedes SALAZAR PUENTE DE LA VEGA, “Perú y el divorcio notarial” (inédito), p. 10, quien en la décima y última de sus conclusiones, atinadamente afirma: “En la ley 29227, se ha omitido aclarar que el último acto notarial, que expida el notario, declarando disuelto el vínculo matrimonial, será la escritura pública, por ser el pertinente, por la naturaleza del acto que contiene.” Omisión que también tuvo en su momento el “Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos...”, *Op. cit.*, p. 15 y que, sin embargo, si bien no lo advierte explícitamente el Dr. Fernando Vidal Ramírez en su opinión, contenida en dicho informe, p. 22, sí deja dicho a modo de *obiter dicta*, al inclinarse por la tramitación ante notario, que la voluntad de los cónyuges no sólo de divorciarse, incluso de separarse se exprese por escritura pública. Particular este último que no llegó a cumplir el autor de la Ley, ni del Reglamento.*

En tanto, las normas reguladoras del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en Cuba, Colombia y Brasil, también reconocen, ahora bien con rectitud meridiana, que el instrumento notarial es la escritura pública. El Decreto-Ley No. 154/1994 en su artículo 1 lo deja claramente expresado, además de los artículos 43.4 y 50, ambos del Código de Familia, según la redacción dada por la disposición final segunda del decreto-ley, lo cual se reitera en el articulado del decreto-ley y de su reglamento. Con igual amplitud se regula en Colombia que desde el artículo 34 de la Ley No. 962/2005 reserva la escritura pública como expresión documental del divorcio consensual, luego desarrollado en el articulado del Decreto No. 4436/2005. E igual acontece con la Ley No. 11441/2007 del Brasil, modificatoria en su artículo 3, del artículo 1124-A del Código de Procedimiento Civil, que desde su inicio deja claro que: “A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública [...]”, también complementada por la Resolución No. 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia que pormenoriza la regulación de la separación y el divorcio consensual ante notario, a instrumentarse por escritura pública.

#### 4.10. Inscripción registral del divorcio ante notario (la expedición de copias)

Otro de los tópicos donde hay convergencia en las legislaciones estudiadas, es en lo atinente a la inscripción del documento público notarial en que se instrumenta el divorcio por mutuo acuerdo, en los registros civiles correspondientes. De todas maneras cada legislación ofrece sus peculiaridades. En Perú la autoridad, sea el notario o el alcalde que conoce del divorcio, dispone de oficio la inscripción en el registro correspondiente (*Vid. artículo 7, último párrafo, de la ley y artículo 13, último párrafo, del Reglamento*); principalmente “se solicitará la anotación marginal, en la partida de matrimonio, donde conste la disolución del vínculo matrimonial”.<sup>57</sup>

En Colombia la legislación es más explícita en este sentido. El artículo 6 del Decreto No. 4436/2005 establece que: “Una vez inscrita la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso en el Libro Registro de Varios, el Notario comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso,

<sup>57</sup> Tal y como arguye M. Salazar Puente de la Vega, “Perú y el divorcio...”, *Op. cit.*, pp. 9-10.

a costa de los interesados.” A pesar de que la norma no lo dice, cabría suponer que se trata del Registro del Estado Civil en que obra el matrimonio disuelto.

Por su parte, el artículo 40 de la Resolución No. 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia de Brasil establece que la copia o traslado de la escritura pública de separación o divorcio consensual será presentada ante el oficial del Registro Civil en el que está inscrito el matrimonio para la necesaria anotación a tal fin, sin requerirse autorización judicial, ni la audiencia del Ministerio Público. Eso sí, a diferencia de Colombia y también de Cuba como constataremos, en Brasil le corresponde a los ya ex cónyuges la presentación de la copia de la escritura pública ante el oficial del Registro Civil pues el tabelión o notario no lo hace de oficio, incumbiéndole tan sólo insertar en la escritura la advertencia legal a que se refiere el artículo 43 de la resolución, esto es, que las partes fueron orientadas sobre la necesidad de que la copia de la escritura pública sea presentada en el Registro Civil en que obra el asiento de inscripción del matrimonio, a los fines de consignar la anotación debida.

En Cuba, compete al notario remitir notificación, de oficio, no sólo a los registros del estado civil en que obra el asiento de inscripción del matrimonio extinto, sino también a aquellos en los que está asentado el nacimiento de los ex cónyuges, para lo cual dispone de un término de 72 horas, contado este a partir del día siguiente de la autorización de la escritura (*Vid. artículo 13 del reglamento notarial*).<sup>58</sup>

En Ecuador esta garantía de contribuir a la inscripción del divorcio en el Registro Civil, por parte del notario, también se prevé en el ordinal 22 del artículo 18 de la Ley del Notariado. El notario, tras autorizar el acta en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, matrizada o llevada a protocolo, hará entrega de copias certificadas a las partes y oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva. Algo *sui generis* que brinda la legislación ecuatoriana y que refuerza la seguridad del tráfico jurídico es que “el Regis-

tro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo”.<sup>59</sup> Con ello el notario no abrigará dudas de la inscripción del divorcio en el Registro, particular éste del que los notarios cubanos carecemos, pues no recepcionamos acuse de recibo de la notificación enviada. También prevé la norma ecuatoriana que “El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición”. Confiamos en la seguridad que pueda brindar el correo electrónico, cuando en la mayoría de los países latinoamericanos no se cuenta con entidades de certificación que puedan garantizar la fiabilidad de una firma digital avanzada.

## 5. A modo de epílogo: los vientos soplan a nuestro favor

Con mucha razón llegó a decir la Madre Teresa de Calcuta: “Para hacer que una lámpara esté siempre encendida, no debemos de dejar de ponerle aceite.” Y si verdaderamente queremos mantener la lumbre que hoy representa para el notariado latino la atribución de nuevas competencias en temas trascendentales no sólo en el orden jurídico, sino también social, como lo es, sin duda, el divorcio por mutuo acuerdo, el notariado ha de estar muy consciente de lo que tal reto implica. Es, por tanto, el nivel de profesionalidad que el desempeño notarial lleva implícito, su sentido común, el conocimiento del derecho civil y de familia, su vocación humanista, su intuición jurídica, su recto saber del sentido de la racionalidad, el control de equidad y de legalidad de las convenciones propuestas, su propensión por la defensa de los altos valores que informan las instituciones sociales y jurídicas, dentro de ella la familia y, con especial desvelo, la protección del interés superior del menor, los que constituirán el aceite que hará permanecer en el tiempo la lumbre irradiada por la institución notarial a toda la sociedad.

Nada, los vientos soplan hoy a nuestro favor, debemos alentarlos, pero cuidando siempre la medida de su empuje y de su fuerza, para ello tiene experiencia el notariado. Este reto hay que encararlo pero con mesura y sagacidad. Como apuntara hace años Vallet de Goytisolo: “la educación del notario en el arte de lo justo requiere que nos percatemos de que la visión de lo concreto no ha de nublarnos ni impedirnos ver la perspectiva general [...] es preciso com-

<sup>58</sup> Ello con el propósito de cumplir lo previsto en el artículo 3, segundo párrafo, de la Ley del Registro del Estado Civil, lo cual se hará por nota marginal, en el asiento correspondiente al nacimiento de los excónyuges (*Vid. artículo 42 inciso ch*) de la Ley del Registro del Estado Civil), al de su matrimonio (*Vid. artículo 60, inciso a*) de la misma ley), ahora extinto y cuya publicidad se pretende y al de adquisición, pérdida o recuperación de la ciudadanía cubana (*Vid. artículo 81, inciso ch*), de la propia ley).

No puede perderse de vista que, conforme con lo dispuesto en la disposición especial cuarta de la Ley del Registro del Estado Civil, los registros del Estado Civil pueden expedir certificaciones de divorcio, conforme con las anotaciones marginales que obran en los asientos de nacimiento y de matrimonio de las personas que se trate, con ello cumplen lo previsto en el ya citado segundo párrafo del artículo 3 de la propia ley, que supedita el valor probatorio de los documentos en que se contienen los hechos y los actos que constituyan o afecten el estado civil de las personas a su previa anotación o inscripción en el nombrado Registro.

<sup>59</sup> A ello también se refiere el Instructivo de procedimientos elaborado por la Comisión Académica Notarial de la Federación Ecuatoriana de Notarios, con un especial énfasis en el logro de la seguridad jurídica notarial.

prender que no podemos limitarnos a esta visión genérica [...] olvidando lo que de concreto tiene nuestra personalidad plena de hombres, que vivimos en un lugar geográfico y en un momento histórico, político y cultural determinado, soslayando así indebidamente los datos especiales y concretos que maticen cada cuestión planteada. La consecución de esta visión, equilibradamente general y específica a la vez, constituye un logro fundamental para educar en el sentido de lo justo, imprescindible para el notario".<sup>60</sup> Esencial, apuntaría yo, al instrumentar los actos del derecho familiar, en el que lo justo desplaza muchas veces a las más elaboradas construcciones técnicas *more geométrico*. No perdamos de vista esta dimensión, si queremos que los vientos sigan soplando a nuestro favor. ■

## Referencias

### Fuentes doctrinales

- BAQUERIZO GONZÁLEZ, Jorge, "El divorcio por mutuo consentimiento ante notario público: ¿acuerdo o desacuerdo legislativo?" (inédito).
- BAZÁN NAVEDA, César Humberto, "El divorcio notarial" (inédito)
- CAM CARRANZA, Guillermo, "Separación convencional y divorcio ulterior en vía notarial y municipal", en CAM CARRANZA, Guillermo, BÉLFOR ZÁRATE DEL PINO, Juan y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*, Arco Legal, Gaceta Notarial, Lima, 2008.
- CAMPO GÜERI, Miguel Ángel, "Notariado y jurisdicción voluntaria", Conferencia impartida en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, el 16 de marzo del 2006 (inédita).
- CARBONELL BARBERÁN, Ramiro, *Legislación notarial*, Cultural, La Habana, 1939.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro, "Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso", en *Notarius Internacional*, vol. 5, No. 4, 2000, y en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 34, abril-junio 2000.
- CORCUERA GARCÍA, Marco A., *Comentarios a la Ley del Notariado peruano*, Marsol, Perú Editores, Lima, 1994.
- CUÉLLAR FONSECA, Pilar e RODRÍGUEZ BLANCO, Ismael, "Algunas consideraciones y reflexiones sobre la vía actual de tramitación del divorcio por mutuo acuerdo", contenido en "Relatorio de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 2, abril-junio, 1991.

<sup>60</sup> Juan B. Vallet de Goytisolo, "La función del notario y la seguridad jurídica", II, en *Revista de Derecho Notarial*, xvii, 1976, pp. 207 y ss.

- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, 4<sup>a</sup> edición actualizada, Porrúa, México, 1997.
- DÍAZ PAIRÓ, Antonio, *El divorcio en Cuba*, Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1935.
- FUENTE LÓPEZ, Jorge de la, "Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica", *Revista Cubana de Derecho*, año xviii, No. 38, julio-septiembre, 1989.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001.
- GARCÉS CISNEROS, José, "La jurisdicción voluntaria en la actuación notarial", *Revista Cubana de Derecho*, año xviii, No. 37, abril-junio, 1989.
- GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Introducción al derecho notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
- GÓMEZ TRETO, Raúl, "¿Hacia un nuevo Código de Familia?", *Revista Cubana de Derecho*, No. 34, año xvii, julio-septiembre, 1988.
- HERNÁNDEZ LEÓN, Rigoberto y FERNÁNDEZ DÍAZ, Arnaldo Miguel, "Crítica a la regulación jurídica estatal del divorcio en Cuba", *Revista Jurídica*, No. 12, año iv, julio-septiembre, 1986. JUAN PABLO II, *Carta del papa a las familias con motivo del año internacional de las familias (1994)*, en <http://www.conferenciaepiscopal.es/documents/magisteriopii/cartas/familias.htm>, consultado el 3 de mayo del 2005.
- LAFÉYRE, André, "La Europa de los contratos. Realizaciones y posibilidades del notariado (25 junio 1966)", Cfr. traducido en *Revista de Derecho Notarial*, LXI-LXII, julio-diciembre, 1968.
- LLANES MACHADO, Silvia y MENDOZA DÍAZ, Juan, "Utilización de la computación en el proceso especial de divorcio. Experiencias", *Revista Cubana de Derecho*, No. 3, 1991.
- LÓPEZ CASTILLO, Raúl, *El divorcio*, 1<sup>a</sup> edición, Jesús Montero editor, La Habana, 1932.
- MESA CASTILLO, Olga, "El divorcio: otro ángulo de análisis", *Revista Cubana de Derecho*, año xviii, No. 38, julio-septiembre, 1989.
- MONTOYA PÉREZ, Guillermo, "El divorcio en el derecho colombiano", en ACEDO PENCO, Ángel y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coords.), *El divorcio en el derecho iberoamericano* (en imprenta).
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Estudios de derecho notarial*, t. I, Instituto de España, Madrid, 1986.
- PALLARES PORTILLO, Eduardo, *El divorcio en México*, 6<sup>a</sup> edición, Porrúa, México, 1988.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge, *Manual de derecho civil – Personas, familia y derecho de sucesiones*, Temis, Bogotá, 2007.
- PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, 3<sup>a</sup> reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- PEREIRA COELHO, Francisco y OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 3<sup>o</sup> edição, Coimbra Editora, 2003.

- PÉREZ DUARTE, Alicia, *Derecho de familia*, 1<sup>a</sup> edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: Mitos y tabúes", en CAM CARRANZA, Guillermo, BÉLFOR ZÁRATE DEL PINO, Juan y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*, Arco Legal editores, Gaceta Notarial, Lima, 2008.
- QUISPE SALAZAR, Richard, "El divorcio por mutuo acuerdo en municipalidades y notarías en el Perú", en <http://www.capeco.org/divorcio/ley%20de%20divorcio.pdf>, consultado el 9 de junio del 2008.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil, I – Introducción, personas y familia*, 17<sup>a</sup> edición, Porrúa, México, 1980.
- SALAZAR PUENTE DE LA VEGA, Mercedes, "Perú y el divorcio notarial" (inédito).
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *El divorcio opcional*, 2<sup>a</sup> edición reelaborada, Porrúa, México, 1999.
- SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*, vol. III – *Legislación hipotecaria, notarial y sobre derechos reales*, Lex, La Habana, 1954.
- SANCHO-TELLO Y BURGUETE, Vicente, *Derecho notarial de España*, 2<sup>a</sup> edición, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900.
- SANTANA CALDERÍN, María Amparo, "El divorcio notarial. Análisis crítico del Decreto-Ley 154", ONBC, La Habana, 1995.
- VAINSENCHER, Tânia, "El divorcio en el derecho brasileño", en ACEDO PENCO, Ángel y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coords.), *El divorcio en el derecho iberoamericano* (en imprenta).
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "La función del notario y la seguridad jurídica", II, en *Revista de Derecho Notarial*, xvii, 1976.
- ZÁRATE DEL PINO, Juan Bélfior, "La separación convencional y divorcio en municipalidades y notarías: una alternativa", en CAM CARRANZA, Guillermo, BÉLFOR ZÁRATE DEL PINO, Juan y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*, Arco Legal, Gaceta Notarial, Lima, 2008.

### Fuentes legales

- Anteproyecto de Código de Familia de la República de Cuba, versión de 26 de mayo del 2008.
- Constitución de la República de Cuba, promulgada el 5 de julio de 1940, por Gustavo GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, Lex, La Habana, 1941.
- Ley No. 11411/2007 de 4 de enero, que modifica las disposiciones de la Ley No. 5869/1973 de 11 de enero (Código de Procedimiento Civil), posibilitando la realización de inventario, partición, separación consensual y divorcio consensual por vía administrativa en el Brasil y la Resolución No. 35 de 24 de abril del 2007

del Consejo Nacional de Justicia que disciplina la aplicación de dicha ley para los servicios notariales y de Registro.

Ley No. 962/2005 de 8 de julio, publicada en el *Diario Oficial*, No. 46023, de 6 de septiembre de 2005 y el Decreto No. 4436 de 28 de noviembre del 2005 del Ministerio de Justicia e Interior de Colombia, sobre el divorcio ante notario y la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, complementario del artículo 34 de la Ley anterior.

Decreto Supremo No. 1404, Ley Notarial del Ecuador, de 26 de octubre de 1966 (modificada y actualizada a 1 de enero del 2007), contenida en *Leyes: Registro y Notarial, Legislación conexa y concordancias*, 2<sup>a</sup> edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.

*Código Civil Portugués*, aprobado por el Decreto-lei No. 47 344 de 25/11/1966, con entrada en vigor a 1/07/1967 (modificado por el Decreto-lei No. 496/1977 de 25/11/1977), Edições Almedina, 2005.

*Código de Processo Civil Português*, aprobado por el Decreto-lei No. 44 129 de 28/12/1961 (modificado por el Decreto-lei No. 329-A/95 de 12/12/1995 y Decreto-lei No. 180/96 de 25/09/1996), Edições Almedina, 2005.

*Código do Registo Civil Português*, aprobado por el Decreto-lei No. 131/95 de 6/06/1995, Edições Almedina, 2005.

Decreto-lei No. 272/2001 de 13/10/2001, que establece "Novas competências do Registo Civil", Rectificado de acuerdo con la Declaración de Rectificación No. 20-AR/2001, publicada en el *Diário da República* de 30/11/2001.

Ley No. 29227/2008, de 15 de mayo, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior de las municipalidades y notarías en el Perú, publicada en el *Boletín Oficial de normas legales de El Peruano*, año xxv, No. 10233, de 16 de mayo del 2008, complementada por el Decreto Supremo 009-2008-JUS, Reglamento de la Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías, de 12 de junio de 2008, publicado en el *Boletín Oficial de normas legales de El Peruano*, año xxv, No. 10261, de 13 de junio del 2008.

*Código de Familia de la República de Cuba*, Ley No. 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999.

*Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley No. 7/1977 de 19 de agosto, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 34, de 20 de agosto de 1977, modificada por el Decreto-Ley No. 241/2006, de 26 de septiembre, contenido en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, No. 33, Extraordinaria, de 27 de septiembre del 2006.

*Legislación notarial*, por Ramiro CARBONELL BARBERÁN, Cultural, La Habana, 1939.

*Ley de las Notarías Estatales*, Ley No. 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su *Reglamento*, contenido en la Resolución No. 70/1992 de 9 de junio, del Ministro de Justicia.

*Ley del Registro del Estado Civil*, Ley No 51/1985 de 15 de julio, publicación del MINJUS, La Habana, 1998, y su *Reglamento*, contenido en la Resolución No. 157/1985 de 25 de diciembre, del Ministro de Justicia, publicación del MINJUS, La Habana, 1998.

Decreto Ley No. 154/1994 de 6 de septiembre, *Del divorcio notarial*, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 13, de 19 de septiembre de 1994, y su Reglamento, contenido en la Resolución No. 182/1994 de 10 de noviembre, del Ministro de Justicia.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.), Julieth ALMAGUER MONTERO, Nancy C. OJEDA RODRÍGUEZ, *Compilación de derecho notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007.

actualidad latinoamericana  
estantería opinión  
origenes